

Les Clauses exorbitantes du Droit commun dans les Contrats Administratifs

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 9 Juin 1933, à 14 heures

PAR

C. HIMARIO

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

	<i>Président</i> :	M. MESTRE,	Professeur
<i>Suffragants</i> }		MM. JÈZE,	Professeur
		LAFERRIÈRE,	Professeur

PARIS

LES ÉDITIONS INTERNATIONALES

4 bis, Rue des Ecoles

1933

Droits de traduction et de reproduction réservés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Les Clauses exorbitantes du Droit commun dans les Contrats Administratifs

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 9 Juin 1933, à 14 heures

PAR

C. HIMARIO

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

<i>Président</i> :	M. MESTRE,	Professeur
<i>Suffragants</i> }	MM. JÈZE,	Professeur
	LAFERRIÈRE,	Professeur

PARIS
LES ÉDITIONS INTERNATIONALES
4 bis, Rue des Ecoles

1933

Droits de traduction et de reproduction réservés



CHAPITRE PREMIER

Aperçu de la jurisprudence en matière de contrats
jusqu'en 1912.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I

L'année 1873 est d'importance dans le Droit Administratif. Un arrêt par un de ses considérants révèle de nouvelles tendances qui s'affirmeront plus tard. C'est l'arrêt Blanco. Rendu en matière quasi-délictuelle par le Tribunal des Conflits il ne porte pas comme unique considérant où parmi ses considérants qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative, à moins qu'il en ait été autrement ordonné par des lois spéciales, de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat débiteur envers les particuliers. S'agissant de la responsabilité pouvant incomber à l'Etat à l'occasion d'un accident survenu dans le fonctionnement d'un de ses services industriels, le Tribunal des Conflits estime que les rapports qui existent entre l'Etat et ses fonctionnaires ou employés ne sont pas ceux qui ont été prévus par l'article 1384. Cet article régit les rapports entre particuliers. Il laisse en dehors de son rayon l'Etat. Les rapports de ce dernier et des particuliers qu'il emploie sont régis par des textes spéciaux. La responsabilité de l'Etat doit reposer sur des bases autres que celles des particuliers. Elle n'est ni générale, ni absolue, elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits des particuliers.

Mais ces règles spéciales ne sont-elles pas constitutives du service public ?

La compétence administrative se justifiera donc et même s'imposera par la notion de service public. Voilà l'originalité et l'importance de l'arrêt Blanco. Les horizons qu'il ouvre devant lui sont très vastes. Car le service public dont il s'agissait dans l'affaire qu'il a eu à juger était un simple service industriel dont la gestion ne différait pas sensiblement de celle d'une entreprise privée. Il était donc à prévoir que la compétence administrative s'imposerait encore davantage, au cas où il s'agirait d'un service public régi par des règles propres.

II

A vrai dire, l'arrêt Blanco n'est pas le premier à avoir fait appel à la notion de service public, mais nous croyons qu'il est le premier à avoir fondé sa compétence uniquement sur lui.

Dans l'arrêt Rotschild en effet, rendu en 1854, un particulier intente une action contre le directeur d'un service public en son nom personnel, et contre le ministre sous l'autorité duquel il agit. Le Conseil d'Etat se déclare compétent parce que dit-il « les droits et obligations réciproques résultant des rapports qui s'établissent entre l'Etat, les agents qui opèrent en son nom et les particuliers à l'occasion des services publics dont l'administration est chargée d'assurer le cours, ne peuvent être réglés par les principes et les dispositions du seul droit civil ». Est-ce tout ? Non, le Conseil d'Etat ajoute « c'est d'ailleurs à l'autorité administrative qu'il appartient, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par des lois spéciales de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat débiteur envers les particuliers (1).

(1) S. 1856, 2, 508.

L'arrêt Dekeister se rapproche davantage, de l'arrêt Blanco « Considérant, dit le Conseil d'Etat, que comme une conséquence de ce principe, indépendamment de l'action qui est de l'essence de l'autorité administrative, la juridiction a été donnée à cette autorité en vue de constituer, en dehors de l'autorité judiciaire des juges pour prononcer sur les litiges qui s'élèveraient entre l'Etat et des particuliers, à l'occasion des actes faits par l'administration pour l'exécution des services publics auxquels elle est chargée de pourvoir, qu'il suit de là que les contestations de cette nature doivent être portées devant la juridiction administrative, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par la loi » (1).

III

Les arrêts que nous venons de citer se sont prononcés en matière quasi-délictuelle. La question se pose donc de savoir si les contrats passés par l'Etat, ressortissent en vertu du principe du service public, à la compétence administrative. Répondre à cette question c'est donner l'interprétation que fait le Conseil d'Etat au principe de la séparation des pouvoirs, aux environs de 1873.

IV

Avant de parler de l'interprétation, il convient de se fixer les idées sur les règles qui forment ce qu'on appelle communément le principe de la séparation des pouvoirs.

Au lendemain de la Révolution, il s'agissait de faire deux choses. Donner à l'individu la place à laquelle il aspirait depuis longtemps, en empêchant l'Etat d'empiéter

(1) S. 1862, 2, 189.

dans un domaine expressément réservé à l'individu par la Déclaration de l'homme et du citoyen.

Réserver d'autre part à l'Administration un minimum d'indépendance et lui permettre de se mouvoir dans un libre espace. Pour cela plusieurs textes intervinrent dont les uns furent soucieux d'éviter les anciens abus des Parlements qui n'hésitaient pas à faire très souvent de l'administration active. Exemple de ce texte est la loi des 16-24 Août 1790, titre II, article 13 qui porte « que les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives, et que les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Mais les juges pouvaient troubler l'Administration tout en restant juges. La liberté d'action de l'administrateur serait compromise si le justiciable avait la faculté de le citer devant les tribunaux judiciaires comme un simple particulier. C'est à un souci de ce genre qu'a obéi la loi du 7-14 Octobre 1790. « Les réclamations d'incompétence, dit-elle, à l'égard des corps administratifs ne sont dans aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'Administration générale..... Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques à moins qu'il n'y ait été envoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois ».

La constitution du 13-14 Septembre 1791, titre II, chapitre II, article 3, porte la même interdiction. Et la loi du 16 Fructidor an III proclame que « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes de l'Administration, de quelque espèce qu'ils soient ».

Toutes ces lois ont grignoté la plénitude de juridiction des tribunaux judiciaires, parce que sans cela la marche de l'Administration eut pu rencontrer des obstacles. Mais la mesure de l'indépendance de l'Administration n'ayant été donnée par aucune loi, il restait aux tribunaux administratifs de la fixer toutes les fois qu'une question de compétence se présentait devant eux. Pour ce faire, ils ont été inspirés des nécessités pratiques et de l'intérêt du plaideur. On aurait pourtant tort à vouloir trop préciser les critères dont s'est inspiré le Conseil d'Etat au cours de son histoire, car ceux-ci n'ont rien de rigide.

V

Ceci dit, la question se posera de savoir en quoi la séparation des pouvoirs, ou plutôt l'indépendance de l'Administration vis-à-vis de la justice affectera les contrats passés par l'Etat.

Au lendemain de l'arrêt Blanco, le Conseil d'Etat distingue entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Les premiers sont faits, d'après la doctrine courante, en vertu de la puissance publique de l'Etat et ressortissent aux tribunaux administratifs.

Les seconds sont des actes juridiques où l'administration n'apparaît pas comme puissance publique, mais comme gérant les intérêts collectifs. Ils ressortissent aux tribunaux judiciaires et les contrats sont à classer parmi eux.

Laferrière a mis au point cette distinction dans son « *Traité de la juridiction administrative* » comme suit : « La règle est différente pour les actes de gestion, c'est-à-dire pour ceux que l'Administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non

comme dépositaire d'une part de souveraineté. Les facultés que l'Administration exerce dans l'accomplissement de ces actes, n'excèdent pas en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties. Les marchés passés par l'Administration pour assurer le fonctionnement des services publics et l'exécution des travaux d'intérêt général, les actes faits pour la mise en valeur de propriétés publiques, les engagements pécuniaires contractés par l'Etat ou par les administrations locales pour subvenir aux besoins qu'ils ont mission de satisfaire, sont des actes de gestion, l'intérêt public les motive, mais en général la puissance publique n'y intervient pas. Et ailleurs Laferrière écrit : « Le fait que l'Administration contracte pour assurer un service n'exclut pas, par lui-même, la compétence judiciaire. Celle-ci subsiste, en principe, car les marchés et les autres conventions passées en vue des services publics sont presque tous de simples actes de gestion, et non des actes de puissance publique, or nous savons que les actes de puissance publique sont les seuls qui échappent de plein droit à la compétence judiciaire. Mais si cette compétence est encore ici la règle, le législateur y a presque toujours dérogé quand il s'est agi de marchés et autres contrats intéressant les services publics. »

Ducrocq fait une distinction tripartite des actes de l'administration et admet les actes de gestion (1).

Quant à M. Berthélemy, tout le monde connaît ses affinités avec cette distinction. « Les actes de gestion,

(1) Cour de Droit administratif, II vol., p. 18. Les actes de gestion ou contractuels, dans lesquels l'administration ne figure pas comme puissance publique, mais comme partie contractante et personne civile, et qui n'engendrent le contentieux administratif, qu'autant qu'un texte a enlevé à l'autorité judiciaire la connaissance de ces litiges.

écrit-il, peuvent être soumis aux mêmes règles de compétence que les actes semblables fait par les particuliers. Il serait impossible qu'il en fut de même des actes d'autorité, puisqu'il n'y a pas d'actes semblables faits par les particuliers. Si les tribunaux administratifs n'existaient pas, les actes d'autorité ne seraient soumis à aucune juridiction. Hors les tribunaux administratifs, institués tout exprès, il n'existe pas de juridiction qui puisse être chargée de juger des actes de cette autorité (1).

VI

Nous voyons donc ces auteurs, et la jurisprudence assimiler les contrats passés par l'Etat à ceux passés par les particuliers. Cette règle restait sans conséquence pour l'Etat parce que les plus importants de ses contrats étaient soumis à la compétence administrative par détermination expresse de la loi, et ceux qui ne l'étaient pas étaient assimilés aux premiers.

Il n'en allait pas de même pourtant pour les départements et les communes. Les contrats conclus par ces personnes administratives rentraient dans la catégorie des actes de gestion et hors les marchés de travaux publics, appartenaient aux tribunaux judiciaires.

VII

Cette situation convenait-elle à la bonne marche des services publics pour lesquels ces contrats étaient passés, ou plutôt les règles régissant les particuliers pouvaient-elles s'appliquer nécessairement à la gestion des services publics locaux, sans trouble pour ces derniers ? C'est à cette question que l'arrêt Blanco a répondu, et si nous l'avons cité en tête de notre étude c'est parce qu'il a frayé la voie vers un critère plus rationnel.

(1) Droit Administratif, p. 1088.

VIII

L'abandon de la théorie du ministre-juge marquait la volonté du Conseil d'Etat à se développer, à se stabiliser aussi.

Le sieur Cadot révoqué par un conseil municipal des fonctions de directeur de la voirie qu'il exerçait s'adressa au tribunal civil pour demander des dommages-intérêts. Sur incompétence de celui-ci, il va devant le Conseil de préfecture, sous prétexte que sa fonction concernait des travaux publics. Ce tribunal se déclare également incompétent. Le sieur Cadot s'adresse alors au ministre et défère la décision de celui-ci au Conseil d'Etat. Ce dernier estime que le ministre de l'intérieur s'est abstenu de statuer sur certains points qui n'étaient pas de sa compétence. « Mais considérant que des refus du maire et du conseil municipal de Marseille, de faire droit à la réclamation du sieur Cadot, il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître, et dont ce Conseil est valablement saisi par les conclusions subsidiaires du requérant, qu'il y a lieu de statuer au fond sur les différents chefs de sa réclamation » (1).

Malgré l'absence de décision et de possibilité de recours hiérarchique le Conseil d'Etat se déclare donc compétent et juge. C'est la proclamation du Conseil d'Etat comme juge de droit commun.

IX

Comme juge de droit commun, le Conseil d'Etat allait pouvoir librement s'épanouir. Par les arrêts Terrier, Feutry et Terrond il allait résoudre les deux ques-

(1) S. 1892, III, 17 avec une note d'Hauriou.

tions que le critère précédent avait imparfaitement résolues.

Premièrement si tous les contrats de l'Etat devaient ressortir à la juridiction administrative.

Deuxièmement, si les contrats passés par les administrations locales devaient suivre les règles de compétence régissant l'Etat.

X

Nous allons parler d'abord de l'arrêt Terrier. Le conseil général de Saône-et-Loire a, en 1900 voté un crédit de 200 francs et décidé d'allouer une prime de 25 centimes à quiconque aurait tué une vipère sur production du certificat du maire de la commune où elle aurait été tuée. Le nombre de vipères tuées ayant dépassé le nombre prévu et le crédit de 200 francs s'étant épuisé, le sieur Terrier réclame le paiement d'un nombre considérable de vipères. Sur refus du préfet et après s'être adressé au Conseil de préfecture, il saisit le Conseil d'Etat de la question.

La première question qui va alors se poser c'est une question de compétence. Est-ce aux tribunaux judiciaires ou aux tribunaux administratifs qu'il appartient de statuer sur l'action intentée par le chasseur de vipères ?

Le Conseil d'Etat se déclare compétent. « Considérant dit-il, qu'étant donné les termes dans lesquels a été prise la délibération du conseil général allouant des primes pour la destruction des animaux nuisibles et a été voté le crédit inscrit à cet effet au budget départemental de l'exercice 1900, le sieur Terrier peut être fondé à réclamer l'allocation d'une somme à ce titre que du refus du préfet d'admettre la réclamation dont il a été saisi, il est né entre les parties un litige dont il appartient au

Conseil d'Etat de connaître et dont ce Conseil est valablement saisi par les conclusions subsidiaires du requérant.

Remarquons tout de suite que le Conseil d'Etat s'abstient de dire la nature de l'acte passé entre le département et le sieur Terrier.

Mais, de toute façon ce n'est pas un simple contrat de louage, régi par les règles du Code Civil. M. le Commissaire du Gouvernement Romieu nous dit le pourquoi dans ses conclusions. « Il y a là un véritable service public, une opération d'intérêt général qui a pu, à un moment donné, être considérée comme obligatoire pour les corps locaux, et qui, dès lors, a, au plus haut degré, le caractère administratif, c'est un service public pour lequel le conseil général aurait pu créer des agents spéciaux, tandis qu'il a préféré agir par voie de primes offertes aux particuliers ; le but, le sens, les modalités des accords intervenus entre le département et les citoyens qu'il a appelés à concourir à ce service d'utilité collective ne peuvent être appréciés que par l'autorité administrative » (1).

Il s'agit donc de l'exécution d'un service public qui soulève des règles que seul le Conseil d'Etat est qualifié à fixer. Peu importe d'ailleurs que le service public soit départemental, du moment qu'il s'agit d'un service public la compétence ne peut être qu'administrative.

En quoi un service public de l'Etat diffère-t-il d'un service public local ? « Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment que l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces in-

(1) D. P. 1904, 2, 65 (conclusions Romieu).

térêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés, elle a au contraire par elle-même un caractère public, elle constitue une branche de l'Administration publique, en général et à ce titre doit appartenir au contentieux administratif (1). On voit que par ces termes, M. Romieu a bien posé la question. Sans examiner le critère en lui-même, on ne peut s'empêcher d'apprécier la simplicité et la logique qui s'en dégage.

L'Etat n'apparaît plus comme un souverain qui échappe aux tribunaux judiciaires en vertu de sa puissance publique, mais comme un gérant qui doit bénéficier de règles spéciales, parce que sa gestion diffère de celle des particuliers. Cette gestion pour être bonne, et remplir son but demande l'application de certaines règles exorbitantes.

XI

Le nouveau critère du service public sera utilisé par le Tribunal des Conflits, en 1908, dans l'arrêt Feutry. Il était question, dans cette affaire du tort causé par un fou évadé d'un asile départemental. Qui était compétent pour statuer sur l'action dirigée contre le département ?

Le tribunal des conflits a estimé qu'il n'appartenait pas aux tribunaux judiciaires à connaître de cette action.

« Lorsqu'une action en responsabilité » dit en substance l'arrêt, « dirigée contre un département, incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public, l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exé-

(1) Conclusions Romieu.

cution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire. Spécialement, l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître de l'action en dommages-intérêts intentée contre un département par un particulier, victime d'un incendie allumé par un aliéné que le service de garde d'un service départemental a laissé évader ».

Cet arrêt fait donc application de la notion du service public dans le domaine quasi-délictuel départemental. En cela il suit les traces de l'arrêt Blanco et de l'arrêt Terrier qui comme nous l'avons vu sont intervenus en matière quasi-délictuelle et contractuelle. Les trois arrêts se suivent avec beaucoup de logique, tous les trois inspirés par le fonctionnement spécial d'un service public. Comme le dit M. Hauriou dans sa note, l'opération de service public a triomphé sur toute la ligne et la responsabilité de l'Administration qu'elle entraîne à sa suite, s'est étendue dans tout le domaine de l'exécution des services. Elle est devenue la base du contentieux administratif et l'on est en droit de dire que cette base est fort simple ».

Ces paroles se verront confirmer en 1910 par l'arrêt Thérond.

XII

La municipalité de Montpellier avait passé avec le sieur Thérond un marché par lequel elle le chargeait de la capture et de la mise en fourrière des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes. Une difficulté s'étant élevée entre la municipalité et l'entrepreneur, ce dernier s'adressa au conseil de préfecture, et fit appel de l'arrêt de celui-ci devant le Conseil d'Etat.

Dans son arrêt, le haut tribunal administratif cons-

tate tout d'abord que le marché dont il s'agit ne saurait être assimilé à un marché de travaux publics dont il aurait appartenu au conseil de préfecture de connaître par application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Puis se déclare compétent pour la raison suivante :

« Considérant qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur Thérond la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public ; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat (1). Et M. Pichat dans ses conclusions est également d'avis qu'il s'agit d'une concession de service public. « Elle a eu en effet pour objet l'exécution du service de la sécurité et de la salubrité publiques (L. 5 av. 1884 article 97 ; L. 21 Juin 1898). Ce qui ne l'empêche pas d'affirmer par la suite « Le contrat intervenu entre la ville de Montpellier et le sieur Thérond est le louage de service des articles 1710, 1779 et 1780 c. civ. ayant pour objet l'exécution d'un service public et présentant le caractère d'une concession ».

Il nous semble cependant que, vu le caractère de concession de service public de ce contrat le juge se dispensera d'appliquer les règles posées par le Code Civil. Comme ces règles ne seront pas applicables, il est donc inexact d'appeler le contrat en question louage de service. Il suffit de dire qu'il s'agit d'une concession de service public.

(1) D. P. 1912,3,57. Revue de Droit Public 1910, p. 249, note de M. Jèze.

M. Pichat a fait remarquer d'autre part que le contrat en question avait pour objet l'exécution d'un service public.

Mais le Conseil d'Etat dans son arrêt n'a pas retenu cette précision, et a déclaré que la ville a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population en traitant dans ces conditions et a eu, dès lors pour but d'assurer un service public. Sur cela, il s'est déclaré compétent.

Cet arrêt semble adopter le service comme critère d'une manière très générale.

Dans un article, pourtant, dont nous aurons à parler par la suite, M. Marc Réglade reproche à cet arrêt son manque de précision (1). Il ne suffirait pas de dire que la ville de Montpellier avait pour but d'assurer un service public. Il aurait fallu dire que ce but était réalisé par l'objet même de la prestation du contrat.

Cette critique ne nous semble pas justifiée. Car si le Conseil d'Etat ne s'est pas exprimé dans ces termes c'est qu'il pensait tout autrement que M. Réglade et que pour lui tout contrat fait en vue d'un service public devait ressortir à sa compétence.

XIII

Survient l'arrêt de la Société des granits porphyroïdes des Vosges. La distinction inspirée du service public est restreinte dans les cas où les nécessités du service public ont créé des formes spéciales, ont différencié par sa con-texture le contrat administratif des contrats passés entre particuliers.

Dans ses conclusions M. Léon Blum développe ce nou-

(1) Marc Réglade : De l'application aux marchés de fourniture de la séparation des autorités judiciaire et administrative. *Revue de Droit Public* 1924, p. 196.

veau critère, pour la première fois, nous semble-t-il (1).

Il est vrai que déjà le Tribunal des Conflits par son arrêt « Compagnie d'Assurance » Le Soleil, avait décidé que le contentieux des contrats, même si le contrat a pour but d'assurer un service public, est à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence des tribunaux judiciaires. Mais, comme on le voit, cet arrêt n'a pas la même signification que l'arrêt des granits, car il se place précisément à ses antipodes.

M. Léon Blum estime que, parmi les contrats passés par l'Etat pour le fonctionnement d'un service public, il puisse exister des contrats privés.

M. Feuilleley, par contre, aux conclusions duquel le Tribunal des Conflits s'est associé estime que « quel que soit ce contrat, quelque nom qu'on lui donne c'est incontestablement un contrat de droit civil qui donne naissance, de part et d'autre à des obligations de droit commun, M. Feuilleley considère que du moment que l'Etat, au lieu de faire main-mise par autorité par force, ou acte de puissance publique, a conclu un contrat, il a agi comme un particulier et comme lui doit être justiciable des tribunaux judiciaires. « Ce sont là, dit-il, au premier chef des obligations de droit commun, des obligations essentiellement civiles qui ne varient pas, quelle que soit la qualité des parties contractantes, Etat, département, commune, administration publique, et quelle

(1) Dans un arrêt antérieur département de Maine-et-Loire on entrevoit la nouvelle théorie. Le Conseil d'Etat, dit l'arrêt, « n'est pas davantage compétent pour en connaître lorsque les fournitures d'imprimerie et les travaux d'imprimerie ont été effectuées par l'imprimeur pour le compte de l'Administration, sur commande du préfet, dans les conditions ordinaires de son commerce ». D. P. 1912, 3, 126.

que soit la destination publique ou privée de la chose, objet de la convention ».

Cette façon de voir nous ramène à l'ancienne distinction des actes d'autorité et des actes de gestion.

La décision du Tribunal des Conflits nous rappelle d'autres décisions de l'époque où cette distinction prédominait.

« L'occupation de cet immeuble, a eu lieu, non en vertu d'un acte régulier et permanent d'affectation, mais en vertu d'un accord qui par sa nature et ses effets rentre dans les contrats de droit civil et dont, par suite la connaissance appartient à l'autorité judiciaire » (1).

Dans l'arrêt des Vosges le Conseil d'Etat décline aussi sa compétence. Il s'agissait d'une fourniture de pierres faite par la Société des Granits porphyroïdes des Vosges à la ville de Lille.

S'agit-il d'un contrat passé par une administration publique et ressortissant à la juridiction administrative par détermination expresse de la loi ?

M. Blum répond négativement, car pour lui, seuls les marchés de fournitures de l'Etat rentrent dans cette catégorie.

Il s'agit donc d'un contrat non réglementé par la loi, et qui par conséquent ne sera administratif que si ses clauses sont d'une nature spéciale, d'une nature administrative (2).

Mais quelle est cette nature spéciale, cette nature administrative ?

Peut-on la préciser, peut-on la définir ? C'est ce que nous aurons à examiner au cours de cette étude.

(1) Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, 1910, p. 446.

(2) V. les critiques adressées à Léon Blum par Duguit dans son Droit Constitutionnel, 2°, Tome III, p. 39.

CHAPITRE II

Des cas où le Conseil d'État a invoqué un contrat de droit privé ou l'absence de clauses exorbitantes dans les contrats passés par les administrations publiques pour se déclarer incompétent

Les contrats intéressant le domaine privé de l'Etat se sont fortement distingués des autres depuis que la juridiction administrative eût tendance à faire ressortir à sa compétence tous les contrats passés en vue des services publics (c'est-à-dire depuis l'arrêt Terrier).

Il est vrai que Laferrière qui n'était pas suspect de partialité à l'égard de la distinction du service public, semble l'adopter du moins en apparence, mais cela est pour lui plutôt une question de méthode. Dans un passage de son *Traité de la juridiction administrative* (T. I, p. 587) où Laferrière semble avoir remarqué en effet que les contrats, faits en vue des services publics ressortissaient à la juridiction administrative il écrit « Lorsque l'administration agit pour la gestion des services publics, c'est encore l'autorité judiciaire qui est compétente en principe et sous réserve des exceptions légales; mais ces exceptions sont nombreuses, elles peuvent résulter des dispositions générales aussi bien que des dispositions spéciales, et la jurisprudence se refuse moins à les étendre par voie d'analogie ».

Il semble bizarre que dans ces conditions, Laferrière n'ait pas vu ce quelque chose qui sera aperçu plus tard et qui à coup sûr, l'eut poussé vers une distinction moins généralisatrice que celle des actes d'autorité et des actes de gestion, mais le fait est là.

Du moment que Laferrière considère les contrats passés par l'Etat en vue des services publics comme des ac-

tes de gestion formant un contentieux administratif par détermination de la loi, ils ne doivent pas différer des contrats passés par l'administration en vue de son domaine privé qui sont également « des contrats de droit commun du ressort des tribunaux judiciaires à moins d'exceptions spécialement prévues par la loi ».

Ceci n'est plus vrai à partir de l'arrêt Terrier. Le changement de critère, résultant de cet arrêt ne touche pas les contrats faits par l'Etat en vue de son domaine privé.

Ceux-ci continuent à ressortir aux tribunaux judiciaires (1).

La différence entre les deux sortes de contrats devient donc nette, tranchante.

Mais bientôt que va-t-il se passer ? Avec l'arrêt des Vosges la différence s'estompe. Le contrat fait en vue d'un service public ne diffèrera pas nécessairement du contrat fait en vue du domaine privé. Si certaines conditions ne se réunissent pas, il appartiendra comme ce dernier à la compétence judiciaire.

Mais quels sont ces contrats ? L'examen que nous allons en faire dans ce chapitre, combiné avec celui des contrats que le Conseil d'Etat a retenus permettra de saisir la signification du nouveau critère.

Il y a des cas où l'on se trouve en présence de contrats rentrant dans des catégories de droit privé bien déterminées. Bien que faits en vue des services publics, ceux-ci ne diffèrent en rien de ceux passés entre particuliers.

On a réservé ces contrats à la compétence judiciaire. M. Romieu dans ses conclusions de l'arrêt Terrier a distingué, entre ce qu'il a proposé d'appeler la gestion publique où l'administration invoquerait le bénéfice de sa situation de personne publique, et la gestion privée où

(1) V. arrêt Baudy Leb, 1913, p. 810.

l'Administration se place volontairement dans les conditions du public.

Ces contrats peuvent être des contrats de vente, de louage, de prêt, d'affrètement ou de transport, de travail, de dépôt, de mandat et autres.

I. — L'Etat acheteur

Quand on se trouve en présence d'une cession de brevet faite à l'Etat, il ne s'agit pas d'un contrat administratif. Telle est la solution de l'arrêt Bocandé. Le Conseil d'Etat, s'est déclaré incompétent parce que « le litige soumis au Conseil d'Etat est relatif au paiement de la redevance qui serait due par l'Etat comme prix de la cession faite par le sieur Bocandé de son brevet d'invention, en vertu du contrat sus-mentionné, qu'aucune disposition de ce contrat ne lui donne le caractère d'un marché de fournitures au sens du décret du 11 Juin 1806, qu'il s'agit donc d'une contestation relative à l'exécution d'un contrat réglant les conditions de cession d'un brevet d'invention, c'est-à-dire d'un contrat de droit commun relevant de l'autorité judiciaire ».

Lorsque l'Etat achète un navire à une société le contrat est civil si certaines conditions font défaut. Ces conditions sont énumérées par le Conseil d'Etat dans son arrêt « The Great Lakes Transportation Compagny ».

« Considérant dit cet arrêt, que par contrat des, la G. L. T. C. a vendu à l'Etat français le navire ; que cette convention ne peut être rangée parmi les marchés dont le décret attribue la connaissance du Conseil d'Etat, que ne contenant d'autre part, aucune clause exorbitante du droit commun de nature à lui imprimer un caractère administratif, elle constitue un simple contrat de vente conclu selon les règles ordinaires du droit privé

et ressortissant par suite aux tribunaux judiciaires ». Une lecture superficielle de cet arrêt pourrait faire croire à ceci : que le Conseil d'Etat se serait déclaré compétent si le contrat de vente en question eût quelque ressemblance à un marché de fournitures. Faute de ceci, s'il contient des clauses exorbitantes. D'où conclusion : le marché de fournitures ne contient pas des clauses exorbitantes, car s'il en contenait le Conseil d'Etat ne l'aurait pas cité en premier lieu.

En réalité comme nous allons le voir par la suite le marché de fournitures, tel que le Conseil d'Etat l'entend aujourd'hui contient nécessairement des clauses exorbitantes.

Les contrats, comme celui que nous venons d'examiner ne sont pas marchés de fournitures justement parce qu'ils ne contiennent pas de ces clauses spéciales. Il en est de même des achats à caisse ouverte qui ressortissent aux tribunaux judiciaires parce qu'aucune condition spéciale d'exécution ne les différencie des ventes au comptant du droit commun, et que l'Etat se présente comme un acheteur ordinaire (1).

II. — L'Etat vendeur

Dans tous les contrats où l'Etat apparaît comme vendeur d'objets mobiliers, le contrat est civil et ressortit aux tribunaux judiciaires.

(1) Il peut se faire, dit M. Romieu dans ses conclusions, que l'Administration tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du public soit... soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement qui supposent des rapports contractuels de droit commun et pour lesquels l'Administration est réputée entendre agir comme un simple particulier (commandes verbales chez un fournisseur, salaire à un journalier, expédition par chemin de fer aux tarifs du public, etc...) D. P. 1903, III, 66.

Cela semble d'autant plus évident qu'on aperçoit pas toujours le service public qui est en question dans ces contrats. Ainsi dans l'arrêt Lassus où il s'agit d'une vente de poteaux à un particulier par l'Etat on ne voit pas le service public desservi.

Comme le dit M. Corneille dans ses conclusions « Le contrat en cause est une vente opérée dans les formes et dans les conditions des ventes entre simples particuliers ».

Donc, compétence judiciaire (1). Il en est de même dans l'arrêt Dubois et fils où l'on voit l'Etat vendre des objets mobiliers lui appartenant (2), et dans l'arrêt Tristant où le Conseil d'Etat déclare « que la vente par l'Etat des navires lui appartenant constitue un contrat de droit commun et que c'est par suite aux tribunaux judiciaires qu'il appartient de connaître des difficultés qui se rattachent tant à l'interprétation qu'à l'exécution de ce contrat » (3).

Il est, par contre manifeste que lorsque un service de ravitaillement procède à des cessions, celles-ci rentrent dans le fonctionnement du service.

Ainsi un contrat conclu entre une association départementale de reconstitution agricole, agissant comme tout mandataire de l'Etat et un particulier pour régler les conditions d'une vente de graines de semences, est relatif à la reconstitution agricole des départements, victimes de l'invasion. Ce fait suffira-t-il pour entraîner la compétence administrative ?

La Chambre Civile de la Cour de Cassation ne l'a pas pensé et a déclaré qu'il s'agissait d'un contrat de droit

(1) Revue de Droit Public 1923, p. 427.

(2) Leb. 1925, p. 256.

(3) Leb. 1923, p. 307.

commun, et qu'il appartenait, dès lors, aux tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître des différends qui s'élevaient à l'occasion de son exécution (1).

De même ont été déclarés contrats de droit privé les ventes d'objets mobiliers effectuées au service de la liquidation des stocks (2), les contrats de cession de graines de lin du Canada provenant du service du ravitaillement (3), les contrats de cession de charbon par le service de ravitaillement (4), les cessions de produits réquisitionnés (5), la vente de paraffine que l'Etat s'engageait à livrer comme un particulier aurait pu le faire (6).

III. — Du contrat de louage

Lorsque l'Etat occupe, en vertu d'un bail un immeuble et installe un service public, les contestations pouvant s'élever entre le propriétaire bailleur et l'administration locataire, notamment en ce qui concerne le paiement des loyers, sont de la compétence des tribunaux judiciaires, alors même qu'une question de déchéance se poserait. Ainsi décide le Tribunal des Conflits en 1913 (7). La Cour de Cassation a pareillement jugé que l'autorité judiciaire était seule compétente pour statuer sur les contestations que peut soulever l'exécution d'un contrat de droit commun spécialement d'un bail, intervenu entre l'Etat et un particulier (8).

(1) D. P. 1926, I, 177, Magnier c. l'Etat.

(2) Leb. 1923, p. 397 Sieur Gandon.

(3) Leb. 1924, p. 991 Société la Solidarité Trégoise.

(4) Leb. 1924, p. 984. Compagnie des tramways départementaux des Deux-Sèvres.

(5) Leb. 1924, p. 926, Lorentz et autres.

(6) D. P. 1926, I, 178, Bonsergent.

(7) Meyer Leb. 1913, p. 1116.

(8) Etat c. Dessandier D. P. 1925, 553.

Quant au Conseil d'Etat il s'est nettement prononcé, à son tour, pour la compétence judiciaire en matière de bail. « Considérant, lit-on dans son arrêt Département des Pyrénées Orientales, que le contrat de location intervenu entre le département et le ministre de la Guerre est relatif au casernement de la brigade de gendarmerie de Mont-Louis, dans les conditions où il a été passé reste par sa nature et ses effets dans les contrats de droit civil dont la connaissance appartient à l'autorité judiciaire, que dès lors, la requête du département doit être déclarée irrecevable comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, en tant qu'elle a pour objet l'interprétation des clauses du contrat de location » (1).

IV. — Du contrat d'affrètement

Le propriétaire d'un navire qui ne veut pas l'utiliser pour ses propres transports, peut le mettre à la disposition des tiers. Ceux-ci auront ainsi la possibilité d'en user soit pour expédier des marchandises, soit pour se faire céder temporairement la jouissance du navire.

Dans les deux cas il y a affrètement, mais alors que l'expédition des marchandises s'analyse en un contrat de transport, la jouissance temporaire du navire semble s'analyser en un louage de chose (2).

L'Etat pour ses transports à eu recours, surtout pendant la guerre, à ces modes de droit privé. La question s'est donc posée de savoir quelle était la juridiction compétente pour statuer sur ces contrats, où l'Etat apparaissait comme un affrèteur ou chargeur ordinaire.

(1) Département des Pyrénées-Orientales, D. P. 1926, 320.

(2) Danjon : Manuel de Droit Maritime, p. 202, N° 276 et suivants.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est très nette sur ce point. Toutes les fois que l'Etat apparaît dans un contrat d'affrètement comme un particulier, que la convention s'analyse en un contrat prévu par le droit maritime, le Conseil d'Etat après avoir constaté l'absence de clauses exorbitantes ou spéciales se déclare incompetent.

Ainsi la « C^{ie} Hellenie transport Steamship » avait mis à la disposition de l'Etat, pour durée déterminée deux navires nommément désignés, munis de leur matériel et de leur personnel, pour être employés par lui à tout usage légal et en assumant les réparations.

Le Conseil d'Etat ayant été appelé à se prononcer sur des difficultés qui s'étaient présentées entre les cocontractants, a décliné la compétence dans ces termes « La compagnie de navigation... ne s'engageait à affectuer ni des livraisons de fournitures, ni des transports, ni participait d'aucune manière à l'exécution d'un service public, elle concluait simplement deux contrats d'affrètement selon les règles du droit maritime ; de semblables contrats qui ne sont pas de ceux qui prévoit le décret du 11 Juin 1906 (marchés de fournitures), ne relèvent pas, par eux-mêmes, de la juridiction administrative.

.....Les affrètements étaient conclus dans les conditions habituelles offertes à tout affréteur, aucune des deux chartes-parties ne contenait de clause exorbitante du droit commun susceptible d'imprimer à ces contrats un caractère administratif.

Nous voyons donc, dans cet arrêt deux raisons qui font que le contrat dont il s'agit ne peut être administratif. Premièrement, il ne réunit pas cet ensemble de conditions qui font le marché de fournitures.

Deuxièmement, ce contrat ne contient pas de clause exorbitante pouvant faire de lui un contrat administratif.

La même argumentation se retrouve dans l'arrêt *Vimont* du Tribunal des Conflits (1).

Mais quelles sont ces clauses particulières d'ordre administratif qui impriment au contrat la nature administrative ?

L'arrêt *Gallusser* nous en donne deux « les contrats conclus pour un voyage unique, porte-t-il, dans les formes du commerce et suivant les règles et usages du droit maritime, sans aucune clause particulière d'ordre administratif notamment sans aucune référence à un cahier des charges-type ou à un cahier des clauses et conditions générales, ne présentait d'autres caractères que ceux d'un contrat d'affrètement ordinaire » (2).

L'arrêt « *C^{ie} de remorquage, de pilotage, et de sauvetage* », ne raisonne pas autrement que les arrêts que nous venons de rapporter.

Lorsqu'il ne s'agit plus d'affrètement-location, mais d'affrètement-transport le Conseil d'Etat apporte la même solution. Ainsi en est-il dans les arrêts *Van Uden* (3), *sieur Moutard* (4), et les *Affréteurs réunis* (5).

Pour les transports terrestres, le Conseil d'Etat s'inspire des mêmes principes.

Ainsi, dans l'arrêt *Jouvin* un particulier s'était engagé à mettre sa voiture automobile à la disposition du dépôt de télégraphie militaire du Mont-Valérien ; il était sti-

(1) *Leb.* 1923, p. 474.

(2) *Leb.* 1925, p. 28. De même *Compagnie générale Transatlantique* *Leb.* 1924, p. 273.

(3) *Leb.* 1927, p. 163.

(4) *Leb.* 1925, p. 281.

(5) *Leb.* 1923, p. 60.

pulé, en outre, que l'Administration militaire prenait à sa charge les frais d'entretien et de réparation du dit véhicule. Le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître de ce contrat de location d'une automobile, se conformant ainsi à sa jurisprudence en matière de transport en général (1).

V. — Du contrat de travail

Il est difficile de déterminer la nature des liens liant un agent à un service public industriel, exploité en régie. Pour ce faire l'on doit examiner la mesure dans laquelle les besoins de ce service industriel dominent les intérêts personnels de ces agents. Si ces derniers sont en tout subordonnés aux nécessités du service le contrat sera administratif. Mais n'est-il pas ainsi pour les services industriels de l'Etat ? La distinction, dès lors, que fait le Conseil d'Etat entre fonctions de direction et fonctions subalternes n'est-elle pas un peu factice ?

Car nous pensons avec M. Bienvenue, qu'en aucun cas on ne devrait pas assimiler ces agents aux ouvriers d'une entreprise privée au point de vue du droit de grève. Quoiqu'il en soit, les litiges pouvant surgir entre les fonctionnaires subalternes et la personne publique sont de la compétence judiciaire. Telle est la décision de l'arrêt Mounier « Considérant, lit-on que cet agent qui n'exerçait pas des fonctions de direction, était au nombre de ceux recrutés pour ce service industriel dans les conditions ordinaires du droit privé, que dès lors, la juridiction administrative est incompétente pour statuer..... (2).

(1) Leb. 1922, p. 997.

(2) D. P. 1930, 3, 41 (avec une note de M. Bienvenue).

Mais si le contrat n'était pas passé dans les conditions ordinaires, s'il contenait des signes attestant sa nature administrative, comme des clauses exorbitantes le Conseil d'Etat se serait déclaré compétent.

Si nous ne partageons pas l'opinion du Conseil d'Etat, il nous semble par contre très normal que les ouvriers et ouvrières qui ont exécuté des travaux de confection d'effets militaires à domicile soient déférés à la juridiction judiciaire. Ce qui les lie à l'Administration est en effet un contrat de travail à durée indéterminée, dans les termes de l'art. 1780 C. Civil et l'art. 23 du Livr. 1^o C. tr. (1).

VI. — Du contrat de prêt

Le ministre de la Guerre avait mis huit chevaux de l'armée à la disposition d'un particulier, sans lui imposer d'autres obligations que celles d'assurer la nourriture et l'entretien de ces chevaux.

Dans l'examen qu'a fait le Conseil d'Etat de ce contrat, il a trouvé que c'était un prêt qui ne dérogeait pas aucune de ses clauses aux règles du droit civil en matière de prêt (2).

Dans l'arrêt Husson, nous voyons cette fois-ci un particulier mettre spontanément une carrière à la disposition de l'autorité militaire, puis des difficultés au sujet des frais de remblaiement ayant surgi, s'adresser au Conseil d'Etat. Ce dernier examine minutieusement l'accord et trouve qu'il ne diffère en rien de ceux conclus entre particuliers. « Le contrat verbal, dit M. Mazerat, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions » conclu

(1) Syndicat des ouvriers et ouvrières de l'habillement militaire de Limoges, Leb. 1925, p. 41.

(2) Sieur Affergan, Leb. 1924, p. 871.

entre le sieur Husson et l'Etat est un contrat de droit privé semblable à celui qu'il aurait pu conclure, par exemple, avec un industriel désireux de mettre ses ouvriers à l'abri du bombardement. C'est un prêt à usage avec faculté de transformation (art. 1875 et suivants. C. civ.). Or, les difficultés relatives à l'interprétation et à l'exécution des baux conclus par l'Etat pour les besoins des services publics et notamment de l'armée rentrent dans la compétence de l'autorité judiciaire. Et le Conseil d'Etat s'est déclaré pour ces raisons incompétent.

VII. — Du contrat de dépôt

La Caisse des dépôts et consignations reçoit des dépôts, que les particuliers ou les établissements publics effectuent chez elle. Ces dépôts ne différant pas de ceux du droit privé, sont de la compétence des tribunaux civils (1).

VIII. — Du contrat de mandat

L'arrêt Dame veuve Girardot est très intéressant parce que le Tribunal civil qui l'a rendu, semble rentrer complètement dans les vues de la juridiction administrative. Son importance est de ce fait très grande, si l'on tient compte surtout de l'attitude réservée jusqu'alors des tribunaux judiciaires à l'égard de la notion de contrat administratif.

Une minotière avait passé un contrat avec l'Etat, par lequel elle se chargeait d'acheter diverses quantités de blé aux cultivateurs de la région pour le ravitaillement de la population civile.

Ce contrat était-il administratif ou appartenait-il à une catégorie de contrats de droit privé ?

(1) Académie de médecine, Leb. 1918, p. 85.

Une première condition pour que le contrat fut administratif, était qu'il eut été passé en vue d'un service public. Cette condition ne faisait pas défaut puisque la dame Girardot s'engageait en vue du ravitaillement de la population.

Une deuxième condition, pourtant était nécessaire, la soumission des parties au régime du droit public. Cette soumission serait visible par les signes suivants :

a) adoption d'un cahier des charges comportant un régime de clauses contractuelles exorbitantes du droit commun.

b) coopération personnelle et directe du co-contractant de l'Etat au fonctionnement du service public.

c) régime de subordination imposé au co-contractant.

d) soumission expresse des parties à la compétence judiciaire.

Mais aucun de ces signes ne se rencontrait dans le contrat en question. Le lien véritable qui unissait la dame Girardot et l'Etat était un contrat essentiellement du droit commun, savoir le *mandat* tel qu'il est prévu par les art. 1984 et suiv. C. Civ. (1).

(1) D. P. 1928,2,118 avec une note de M. Blaovoet.

CHAPITRE TROISIEME

**Clauses exorbitantes invoquées
par le Conseil d'Etat**

A côté de la gestion privée des services publics dont il fut question dans le chapitre précédent, on rencontre la gestion publique.

Les contrats administratifs par leurs signes révèlent l'intention de l'administration à soumettre l'individu au régime du droit public et l'acceptation de celui-ci. Ces signes peuvent se rencontrer dans presque tous les contrats passés par l'administration. A observer, cependant les services publics on remarque que la distinction faite par M. Mestre entre les contrats conclus pour l'organisation d'un service et des contrats conclus avec les usagers dans son fonctionnement, pour n'être pas toujours exacte, n'en a pas moins une grande part de vérité.

C'est de cette distinction donc que nous nous inspirons, dans l'examen de la gestion publique qui fera l'objet de ce chapitre.

I. — Contrats passés par l'Etat en vue de l'organisation d'un service public

a) Clauses contractuelles se référant à des clauses dérogatoires légales.

1° Pendant la guerre la mission de l'Etat devint très délicate. Il fallait pourvoir à des besoins pressants et à laisser l'initiative des individus libre on risquait de sacrifier l'intérêt de la collectivité. Plusieurs besoins de la population en effet qui en temps normal recevaient satisfaction grâce au commerce ordinaire, étaient en

temps de guerre relégués au second plan par des spéculateurs guidés par le seul esprit de lucre.

Pour éviter notamment les mauvaises répercussions que pouvait avoir la raréfaction des denrées de première nécessité par suite des hostilités, une loi intervint le 16 Octobre 1915 (1) portant ouverture au ministre du commerce, de l'industrie et des télégraphes, sur l'exercice 1915, de crédits additionnels aux crédits provisoires, pour procéder à des opérations d'achat et de vente de blé et de farine pour le ravitaillement de la population.

L'article 1 de cette loi porte que pendant la durée de la guerre il pourra être pourvu par voie de réquisition de blé et de farine à l'approvisionnement de la population civile. Le ministre du commerce, de l'industrie et des télégraphes était chargé d'effectuer des achats de blé et de farine à l'intérieur suivant les nécessités de la consommation, par voie de cession.

Malgré cette loi, le commerce de blé restait libre à l'intérieur et les transactions portaient sur des prix variant d'après l'offre et la demande.

Cette liberté fut restreinte par la loi du 29 juillet 1916 (2) qui fixa un taux maximum que les commerçants ne devaient pas dépasser.

D'autre part, l'approvisionnement en céréales fut l'objet de nombreux textes qui eurent pour résultat de bouleverser l'économie du commerce libre. Un répartiteur départemental fut chargé d'acheter le blé et de le répartir suivant les instructions de la direction du ravitaillement entre tous ceux qui auraient besoin de cette

(1) D. P. 1916, 4, 283.

(2) D. P. 1916, 4, 298. Loi relative à la taxation et à la réquisition des céréales.

denrée, et en particulier entre l'intendance et les meuniers (1).

Les meuniers, pour leurs achats de blé, doivent s'adresser à un service organisé par l'Etat. D'autre part ils doivent inscrire toutes les entrées de céréales dans leur moulin, la provenance de ces céréales, les livraisons de farine effectuées, le stock de farine, le stock de céréales qu'ils possèdent encore.

Toute cette réglementation minutieuse est destinée à assurer le pays de tout le blé dont il a besoin en empêchant que les meuniers abusent de la situation.

Mais quelle est la nature des contrats conclus entre l'Etat et les meuniers ?

Pour résoudre cette question il convenait de rechercher, tout d'abord si les contrats concernaient un service public. Le Conseil d'Etat a été d'avis, que toutes les mesures prises par l'Etat, par les lois et règlements ont fini par transformer le commerce des céréales et des farines et les industries qui s'y rattachent en un service d'intérêt général et de défense nationale présentant au plus haut degré le caractère de service public.

Les contrats sont faits en vue d'un service public, mais ils ne sont pas, pour cela nécessairement administratifs. C'est pourquoi dans les affaires *Décatoire et Moulins brestois* où le Conseil d'Etat se déclare compétent, il justifie sa compétence comme suit : « que si l'Administration, dit-il, à laquelle incombait en vertu des textes en vigueur, la mission d'assurer la répartition des céréales et des farines, a mis ces denrées à la disposition des intéressés en passant avec eux des contrats de cession, les dites cessions, qui constituaient en réalité des

(1) Décret du 31 Juillet 1917 (D. P. 1917, 4, 195).

modalités d'exécution du service public du ravitaillement et qui, d'ailleurs, se réfèrent sans l'intervention d'aucune stipulation particulière à chaque opération, à l'ensemble de la législation et de la réglementation sur la matière, présentant le caractère de contrats administratifs dont la juridiction administrative peut seule être appelée à connaître par application de la loi du 16-24 1790, 16 Fructidor an III, et 24 Mai 1872 (1). »

Le service public dont parle l'arrêt est conforme à la définition que lui a donnée M. Jèze : c'est un procédé spécial en vue de la satisfaction d'un besoin public (2).

Si l'Etat cherchait à donner satisfaction à ce service public par lui-même, il agirait comme cela lui paraîtrait conforme à l'intérêt général, même si ces agissements ne respectaient pas la législation régissant les particuliers.

Quand l'Etat s'adresse à des particuliers et les charge de collaborer étroitement avec lui, pour l'organisation de ce service, leurs rapports ne peuvent pas être régis par la législation que l'Etat à lui seul n'aurait peut-être pas respecté. Leurs rapports sont administratifs et ne peuvent être gouvernés que par le régime public.

D'autre part, les clauses des contrats de cession se réfèrent à la législation intervenue pour réduire la liberté des particuliers, c'est-à-dire à une législation dérogatoire.

Cette dernière fait partie du contrat de cession, et lui donne un caractère administratif incontestable.

Cette solution du Conseil d'Etat a été suivie par quel-

(1) Décatoire et Moulins brestois, D. P. 126, III, p. 121 (avec une note de M. Leblanc).

(2) Jèze : Les principes généraux de Droit Administratif, 1914, p. 242, et Revista de Drept Public, 1926, p. 161.

ques arrêts postérieurs ce qui prouve qu'on est désormais fixé sur le caractère administratif de ces contrats. Un arrêt Groussard, en 1922 avait donné une décision opposée en déclarant qu'un contrat de cession de farines appartenait à la compétence judiciaire. Mais après l'arrêt Décatoire, l'arrêt Lefèvre-Utile a déclaré que « bien qu'il s'agit d'une biscuiterie, et bien que son caractère paraît moins essentiel à l'alimentation, elle n'en est pas moins soumise à l'autorité et au contrôle de l'Etat et les contrats qu'elle passe sont administratifs » (1). De même l'arrêt Société des établissements du planteur de Caïffa (2).

Lorsqu'il ne s'agit plus de la métropole, mais de l'Algérie, la solution doit être la même. Les termes dont a usé la Cour de Cassation dans son arrêt Delprat sont calqués sur ceux de l'arrêt Décatoire.

Il s'agissait, comme pour la France du ravitaillement de la population de l'Algérie en grain. Pour l'assurer les décrets des 4 Janvier et 19 Déc. 1916 ont chargé le gouverneur général de l'approvisionner en blé, au besoin par voie de réquisition, et de le distribuer suivant les besoins de la consommation.

Un contrat ayant été conclu avec un commerçant en vertu duquel celui-ci se chargeait de répartir entre les boulangers les farines achetées, il s'agissait de savoir quelle était la juridiction compétente pour statuer.

La Cour de Cassation se déclare incompétente pour deux motifs. Premièrement parce qu'il s'agissait d'un service d'intérêt général fonctionnant sous le contrôle de l'Etat.

Deuxièmement parce que le contrat qui se référait à

(1) Lefèvre-Utile la biscuiterie nantaise et autres Leb. 1925, p. 868.

(2) Leb. 1926, p. 385.

l'ensemble de la législation sur la matière constitue une modalité d'exécution du service public du ravitaillement, conformément aux dispositions légales dérogatoires au droit commun (1).

Ainsi les solutions des deux juridictions semblent s'harmoniser et la notion de contrat administratif inspire la juridiction administrative de plus en plus.

2° Une loi est intervenue le 6 Août 1917 portant ouverture de crédits pour l'opération d'achat ou de cession en vue de la reconstitution agricole. Le ministre du commerce, était autorisé à passer des conventions avec des tiers agissant pour le compte de l'Etat.

Le Conseil de l'Etat se déclara compétent pour connaître des difficultés entre l'Etat et son co-contractant.

« La convention » dit l'arrêt, « par laquelle le ministre confie à une société le soin d'acquérir, de céder, et de distribuer les matières premières et autres marchandises nécessaires à la remise en marche des exploitations et établissements industriels des départements victimes de l'invasion, a dans les conditions où elle a été passée et par sa nature même le caractère d'un contrat administratif, dont la juridiction administrative peut seule être appelée à connaître (2) ».

b) Référence à des clauses et conditions générales

L'Administration de la guerre au début des hostilités, avait réquisitionné les Magasins généraux de Lyon-Guillotière. Plus tard la réquisition fit place à un contrat, en vertu duquel la société des Magasins généraux s'engageait à recevoir en dépôt des denrées alimentaires et autres.

(1) S. 1928, I, 20- (avec une note de M. Mestre) et D. P. 1928, I, 93 (avec une note de M. Leblanc).

(2) Triller S. 1927, 3, 22 et S. 1927, 3, 137 (avec une note de M. Hauriou).

Le Tribunal des conflits a décidé que ce contrat était administratif bien que la Société des Magasins généraux ne participait pas à l'exécution d'un service public, puisqu'elle se bornait à mettre ses locaux à la disposition du service de la réserve des stations-magasins. Mais le contrat contenait un article aux termes duquel « les règles générales sur les marchés en vigueur au département de la guerre seront applicables à la présente convention en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions qui précèdent ».

Le Tribunal des Conflits a jugé que cette clause était dérogatoire au droit commun des conventions que les particuliers passent en vue de l'usage des magasins généraux (1).

Se référer, en effet à des clauses inspirées des nécessités du bon fonctionnement des services publics, c'est révéler l'intention de se soumettre au régime du droit public.

Il suffit, d'ailleurs, d'observer l'esprit qui anime quelques clauses coercitives du Cahier des Clauses et conditions générales de la guerre pour être convaincu que se référer à elles c'est vouloir s'éloigner du régime habituel qui régit les conventions entre particuliers.

On sait que les sanctions inscrites ordinairement dans les contrats administratifs pour le cas de retard d'exécution sont :

1° Les pénalités.

2° La mise en régie, l'achat ou confection aux frais du co-contractant, la résiliation pure et simple ou aux risques de l'entrepreneur (2).

(1) Leb. 1923, p. 581.

(2) V. sur la question : Jèze : Les contrats administratifs, 1932, p. 326.

En ce qui concerne les pénalités, leur nature juridique ne diffère pas de celle de la clause pénale au droit privé. Tout au plus, remarque-t-on un droit de décision sans s'adresser au juge en faveur de l'administration et une légère dérogation aux principes du Droit civil en ce qui concerne la mise en demeure.

Celle-ci est nécessaire en droit privé, si le créancier désire engager la responsabilité de son débiteur. Il en est de même, en principe, en droit public. Toutefois le Conseil d'Etat écarte la mise en demeure s'il ressort de l'ensemble des circonstances que l'intention commune des parties a été l'application stricte des délais d'exécution (1).

Dans l'arrêt Lévy nous avons un remarquable exemple de la façon dont le Conseil d'Etat interprète les C. C. G. en prenant soin de dégager l'intention des co-contractants, eu égard aux circonstances. Le fait que ce contrat portait que les marchandises devraient être livrées à certaines dates au plus tard et que le contrat fut conclu à une certaine époque et était destiné à parer à des besoins urgents, a suffi pour que le Conseil d'Etat voie une mise en demeure à la seule échéance du terme (2).

Beaucoup plus importantes sont les prérogatives de l'Administration en matière de résiliation. La résiliation du marché peut être prononcée par le ministre au cas où l'entrepreneur n'exécute pas son obligation dans les délais prévus.

Les C. C. G. des marchés de fournitures de la guerre autorisent le ministre à prononcer la résiliation du marché aux torts et griefs de l'entrepreneur après une

(1) V. Jèze, *op. cit.*, p. 335.

(2) V. sur la question, Duffaud : Les pénalités dans les marchés de fournitures, Thèse 1931, p. 46 et suivantes.

enquête administrative et sans qu'il soit nécessaire de recourir à un acte judiciaire ou extra-judiciaire (art. 40).

L'article 41 énumère les sanctions qui pourront être prononcées par le Ministre : « Dans les différents cas prévus, à l'article précédent, le Ministre peut, pour tout ou partie des quantités restant à livrer soit prononcer la résiliation sous la seule réserve de l'application, le cas échéant, des pénalités encourues ; soit prononcer la résiliation aux torts et griefs de l'entrepreneur, cette résiliation pouvant être suivie de la passation d'un nouveau marché ou de toute autre mesure jugée utile pour assurer l'exécution des services ; les conséquences immédiates de ce marché par défaut, ou des mesures dont il s'agit sont à la charge de l'entrepreneur... »

Comme on le voit, par toutes ces clauses l'Administration s'assure un pouvoir qui semble nécessaire à l'exécution ponctuelle des obligations de ses co-contractants, et qui dépasse largement celui dont disposent les simples contractants du droit privé, surtout par le privilège de la décision préalable.

On aurait pu citer les nombreuses clauses dérogatoires au droit commun que l'on trouve aux marchés de fournitures de la guerre, et qui sont inspirées tantôt par l'intérêt de l'Etat pris comme personne morale douée d'un patrimoine propre, tantôt de l'intérêt de la collectivité, tantôt de l'intérêt même des fournisseurs (1).

Mais il suffit d'avoir cité quelques articles du Marché de fournitures de la Guerre pour qu'on s'aperçoive aisément que leur sévérité dépasse de beaucoup celle des contrats privés et que se référer à eux c'est vouloir se

(1) Perreau : Des modifications contractuelles au droit commun dans les marchés de l'Etat, spécialement ceux du Ministère de la Guerre. *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1918, p. 5.

soumettre à un régime spécial comme l'a très bien décidé le Tribunal des Conflits dans l'arrêt précité.

*c) Indication de la commune intention des parties
par une clause non attributive de compétence*

La clause d'un contrat passé entre l'Etat et une Compagnie peut-elle être attributive de compétence, si elle porte que toutes les contestations seront jugées administrativement ?

Non, déclare le Conseil d'Etat dans son arrêt Société des Voiliers français ; cette clause « ne peut pas être par elle-même attributive de compétence ».

Mais elle n'en a pas moins pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles (1).

Si les parties, en d'autres termes, ont voulu soumettre leur convention au juge administratif, c'est parce qu'elles ont soupçonné que les difficultés à naître entre elles ne pourraient se résoudre, au mieux des intérêts du service public, que par l'application des règles du droit Public.

C'est par là que ce contrat s'oppose aux contrats d'affrètement dont nous avons parlé précédemment, et qui eux ne contiennent aucune clause de ce genre. Ne contenant aucune clause spéciale ces contrats ressortissent normalement aux tribunaux judiciaires. C'est ce que relève le Conseil d'Etat. « Les marchés passés par l'Etat, ajoute son arrêt, avec une compagnie maritime pour les transports intéressant les différentes administrations sont régis par le décret du 11 Juin 1806, qui édicte la compétence de la juridiction administrative ;

(1) Leb. 1918, p. 567.

les transports effectués pour le compte de l'Etat ne peuvent donc relever des tribunaux de l'ordre judiciaire, que dans le cas où l'Etat, en dehors de tout marché contenant des clauses spéciales, a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général.

d) *Clauses exorbitantes faisant partie du contrat*

Les clauses exorbitantes que nous avons examinées jusqu'ici ne rendaient le contrat administratif que parce que celui-ci se référait à elles.

Mais outre ces clauses, il s'y trouve d'autres qui font partie intégrante du contrat. Aussi dans l'arrêt de Mestral (1), le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent à connaître de l'affaire parce que le contrat en question contenait des clauses exorbitantes. Il s'agissait, en l'espèce, d'une ferme-école d'apprentissage appartenant au département de la Seine. La ferme fut donnée à bail par le préfet de la Seine au sieur De Mestral qui se chargeait, en même temps de la direction de l'école.

En 1923 l'Administration releva le fermier de ses fonctions de directeur de l'école et un arrêt du préfet de la Seine prononçait, en même temps la résiliation du contrat. M. de Mestral attaque ces arrêtés devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir.

Avant de se prononcer, cette Cour eut à rechercher si elle était compétente. Le requérant d'ailleurs ne devait-il pas procéder plutôt par voie de pleine juridiction puisqu'il s'agissait de la violation d'un droit subjectif contractuel par une décision exécutoire ? Cette dernière question fut résolue par la négative et par là le Conseil d'Etat ne fit qu'accentuer sa tendance à absorber le

(1) D. P. 1926, III, 17 avec une note de M. Trobas.

contentieux de la pleine juridiction dans le contentieux de l'annulation (2).

La première question de savoir s'il s'agissait d'un contrat administratif fut résolue par l'affirmative.

La convention de bail et de direction d'école dit le Conseil d'Etat, est un contrat administratif pour deux raisons. D'abord, elle a été conclue en vue de l'exécution d'un service public, celui des enfants assistés.

Ensuite, elle contient les clauses exorbitantes suivantes :

1° surveillance administrative et droit de résiliation exceptionnel reconnu au préfet de la Seine et :

2° attribution au co-contractant, en contre-partie, en quelque sorte, de ce déséquilibre de certains pouvoirs envers les tiers.

Il s'agit d'obligation d'une nature spéciale, que seul le service public a pu faire naître et qui ne peuvent pas être assumées au droit privé.

Telles nous paraissent être également les obligations assumées par un entrepreneur en vertu d'un marché passé avec l'Administration de la guerre, relatif à l'emploi de la main-d'œuvre pénitentiaire.

Ce contrat est administratif parce qu'il intéresse le service public pénitentiaire et parce que l'Administration donne de larges pouvoirs à l'entrepreneur sur d'autres personnes, ce qui est inconcevable en droit privé.

II. — Contrats passés par les autres administrations publiques, en vue de l'organisation d'un service public.

Pendant très longtemps une opinion qui pouvait se réclamer de la superstition classait arbitrairement les contrats passés par les administrations publiques se-

(2) V. sur cette question. Alibert : Le contrôle juridictionnel de l'Administration, p. 167.

conclaves parmi les contrats privés. Tant que la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion dominait, cela pouvait paraître normal. Mais l'arrêt Blanco avait sonné le glas de cette distinction, et, pourtant le Conseil d'Etat persistait à ne vouloir jamais se déclarer compétent en matière de contrats départementaux et communaux.

Outre sa justification théorique, cette manière de voir trouvait un appui pratique sérieux, au temps des actes d'autorité et de gestion. Les tribunaux administratifs étaient, en effet suspects de partialité envers l'administration à laquelle ils étaient subordonnés par la justice retenue.

Pour fournir donc de la bonne justice aux plaideurs on les autorisait à saisir les tribunaux judiciaires à tous les propos.

Mais la justice déléguée en 1872 et l'activité postérieure du Conseil d'Etat très favorable à l'individu, ne justifiaient plus cette discrimination entre les marchés de l'Etat et ceux des autres administrations publiques. Si les nécessités des services publics se faisaient sentir et réclamaient l'application des règles spéciales pour le premier, il en était de même, dans la majorité des cas, pour les autres. Le Conseil d'Etat a fini par s'en rendre compte et par sa jurisprudence s'est efforcé d'apporter de l'ordre et de l'uniformité, là où il n'y avait qu'incohérence et un manque de logique évident.

1. — *Avant l'arrêt Terrier*

La plus grande incohérence règne à propos des marchés de fournitures, car les concessions de service public sont assimilées aux marchés de travaux publics qui ressortissent à la compétence administrative en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Les marchés de fournitures de l'Etat sont administratifs en vertu du décret du 11 juin 1806. Ceux des départements et communes devraient être également administratifs, toutes les fois, du moins, que le bon fonctionnement du service public l'exige. Mais non. Par son arrêt Lagauche (1), le Tribunal des Conflits déclare que les contestations auxquelles peuvent donner lieu les marchés de fournitures conclus par les départements en vue d'un service et d'un intérêt départemental, rentrent sauf appréciation des questions préjudicielles, dans la compétence de l'autorité judiciaire.

2. — *Après l'arrêt Terrier*

L'arrêt Terrier est aussi intéressant par son dispositif que par les déclarations du commissaire du gouvernement. M. Romieu réserve, en effet, le même sort aux contrats privés de l'Etat et des départements et communes. « Il demeure entendu, dit-il, qu'il faut réserver pour les départements et les communes comme pour l'Etat, les circonstances où l'Administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. *Il appartient à la jurisprudence de déterminer pour les personnes publiques locales comme elle le fait pour l'Etat*, dans quel cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif ou au contraire en face d'actes qui tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé. »

La jurisprudence postérieure s'est ralliée aux vues

(1) D. P. 1900, p. 67.

de M. Romieu. Deux arrêts, dont l'un très récent, sont, à ce propos, très significatifs.

Dans le premier, l'arrêt Templier, il s'agit d'un marché passé par un maire pendant les hostilités. Vu la rapidité avec laquelle il fallait agir le maire s'est passé de la délibération de son conseil municipal.

Le Tribunal des Conflits a reconnu la validité de ce marché. Pour se déclarer ensuite sur la question de compétence, il a recherché si le marché contenait des clauses dérogatoires au droit commun. Ce faisant il reconnaissait, qu'un marché de fournitures communal n'était pas nécessairement privé. Qu'il appartenait au Conseil d'Etat s'il avait emprunté ce que M. Romieu appelait la gestion publique. « Les contrats ou les quasi-contrats de fournitures communaux, dit l'arrêt, constituent à moins de dispositions législatives contraires, des actes de droit privé, relevant en cas de contestation, de l'autorité judiciaire, et il n'en est autrement que lorsqu'il contiennent des clauses dérogatoires au droit commun (1). »

Le deuxième arrêt qui nous intéresse a été prononcé par la Cour de Cassation toutes Chambres réunies. Son importance, est de ce fait considérable.

Un Office départemental du ravitaillement avait fait une commande de vins avec l'approbation préfectorale. Plus tard, il se refusa à prendre livraison de cette commande, et pour cela fut attaqué devant les tribunaux judiciaires. Mais le marché était-il privé par le seul fait qu'il était passé par un Office départemental ? Comme par l'arrêt précédent, le tribunal a recherché si le contrat contenait des clauses dérogatoires au droit commun lui donnant une nature administrative. Il ne s'est déclaré compétent qu'après en avoir constaté l'absence.

(1) S. 1928, III, 123 (avec une note de M. Hauriou).

Attendu, dit l'arrêt « que si en principe les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour statuer sur la validité des marchés de fournitures passés pour le compte des départements, alors que la nature du contrat ne lui donne pas un caractère administratif... » (1).

Les marchés de fournitures communaux et départementaux seront donc administratifs s'ils contiennent des clauses exorbitantes.

Ceci dit, il reste à examiner si les marchés de fournitures passés par l'Etat doivent également contenir des clauses exorbitantes, pour être administratifs. M. Léon Blum était d'avis que ces marchés étaient administratifs par détermination de la loi et qu'on n'avait pas à examiner leur caractère intrinsèque. « Donc, disait-il dans ses conclusions des Vosges, étant donné qu'il n'existe en ces matières aucun texte général analogue au décret du 11 Juin 1806, pour les marchés de fournitures de l'Etat, et qui impose, sans aucune espèce de distinction, la compétence administrative, il s'agit de rechercher non pas si la fourniture sera ensuite destinée ou affectée à un service public, mais si le marché, considéré en lui-même, présente ou non les caractères du contrat administratif ».

Pour M. Blum, les marchés de fournitures des départements et des communes seuls doivent être examinés, à l'effet de savoir s'ils contiennent des clauses dérogatoires. Pour les marchés de l'Etat il existe un texte. Mais si nous examinons l'article 14 du décret du 11 Juin 1806 nous voyons qu'il est ainsi conçu : « Notre Conseil d'Etat continuera d'exercer les fonctions qui lui sont attribuées par les constitutions de l'Empire et par nos décrets, et connaître en outre : 1°2° de toutes les contestations

(1) D. P. 1931, I, 85 (avec une note de M. Waline).

ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits par le service de leurs départements respectifs, pour notre service personnel ou celui de nos maisons ».

Le texte prononce le mot fourniture. L'interprétation de M. Blum ne pourrait se comprendre que si la notion de marché de fournitures était une, invariable, et sacrée. Mais comme la règle de la séparation des pouvoirs elle varie. Le Conseil d'Etat, croyons-nous ne qualifie de marché de fourniture que le contrat passé par une administration publique qui contient des clauses dérogatoires au droit commun. Nous n'en voulons pour preuve que toute la jurisprudence en matière de contrats de transport que nous avons mentionnée au chapitre II. Deux arrêts très récents du Conseil d'Etat semblent confirmer cette manière de voir.

Dans le premier, l'arrêt *Benedic* (1), le Conseil d'Etat constate tout d'abord que les marchés passés par l'Etat pour les fournitures intéressant ses services sont compris parmi ceux dont le décret du 11 Juin 1806 lui attribue la connaissance. » Mais il s'empresse d'ajouter : « les fournitures effectuées pour le compte de l'Etat ne peuvent donc relever des tribunaux judiciaires que dans le cas où l'Administration en dehors de tout marché, a entendu s'adresser au fournisseur dans les mêmes conditions que le public en général.

Que signifie ceci, sinon qu'il n'y aura marché de fournitures que si l'Etat s'adresse aux fournisseurs dans des conditions différentes que le public, c'est-à-dire par des clauses dérogatoires ?

(1) D. P. 1932, 3, 12.

Dans un autre arrêt, Fraisse, le Conseil d'Etat se déclare incompetent parce que « les commandes passées au mois de décembre 1924 par le service de l'intendance à la maison F. pour la livraison de diverses quantités de foin et de paille de blé, sont intervenues en dehors de tout marché, par simples conventions verbales, sans qu'aucune stipulation particulière ne les différencie des achats au comptant du droit commun (1).

Il ressort nettement de ces arrêts que seule la présence d'une clause dérogatoire peut donner à une fourniture faite à l'Etat le caractère d'un marché administratif.

C'est ce que constate M. Hauriou dans ces termes (2). « Lorsque dans le cahier des charges se trouvent des clauses exorbitantes du droit commun, stipulant au profit de l'Administration des prérogatives de puissance publique, il y a compétence administrative, et cela est vrai pour les marchés des départements et des communes, aussi bien que pour ceux de l'Etat. »

3. M. Marc Réglade dans un article s'est inspiré des conclusions précitées de M. Blum. « Lorsque, dit-il, l'objet de la prestation du contrat réalise directement et immédiatement un but de service public, le contrat est de nature administrative et il est de la compétence des tribunaux administratifs. Lorsque, au contraire, l'objet de la prestation du contrat ne réalise pas directement et immédiatement un but de service public, le contrat est de nature civile, ou commerciale et il est de la compétence des tribunaux judiciaires, alors même qu'il existerait dans l'esprit de l'administration un but indirect

(1) D. P. 1932, 3, 13.

(2) Hauriou : Droit Administratif, 12^e édition, p. 954.

de service public, mais qui ne serait pas réalisé par l'objet même de la prestation (1).

Nous pensons que la théorie de M. Réglade est exacte, mais jusqu'à un certain point. Il est exact que rationnellement le Conseil d'Etat ne devra intervenir que lorsqu'il y aura des théories spéciales à appliquer, et que ce cas ne se produira le plus souvent que quand le co-contractant réalise immédiatement, s'associe étroitement à l'exécution du service public.

Mais n'y a-t-il pas des cas où bien que le co-contractant ne participe pas à l'exécution du service public, la juridiction administrative se déclare compétente à raison des clauses dérogatoires au droit commun qui se trouvent dans le contrat ?

Quand la Société des Magasins généraux mettait ses locaux à la disposition du service de la réserve des stations-magasins, il est manifeste qu'elle ne participait pas au service public. Mais le contrat contenait un art. 5 aux termes duquel « les règles générales sur les marchés en vigueur au département de la guerre seront applicables à la présente convention en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions qui précèdent. »

Le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent parce qu'il a jugé « que cette clause dérogatoire au droit commun des conventions que les particuliers passent en vue de l'usage des magasins-généraux a imprimé à ce marché un caractère administratif » (2).

Voici donc un contrat où il y a clause exorbitante, sans participation directe du co-contractant au service. M. Réglade en formulant sa théorie n'a péché que par

(1) Marc Réglade : De l'application aux marchés de fourniture du principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative. *Revue de Droit public* 1924, p. 191.

(2) Leb. 1923, p. 581.

excès de généralisation. Il a vu que dans la plupart des cas de participation directe il y avait des théories spéciales à appliquer, mais il a négligé le cas ou sans participation directe, il y avait lieu à la compétence administrative tout de même à raison des clauses dérogatoires se trouvant dans le contrat.

4. — *Mais ces clauses dérogatoires, le Conseil d'Etat les recherchera-t-il lui-même ou incombera-t-il au demandeur à prouver leur existence ?*

Sur ce point, il y a une distinction à faire entre les marchés de fourniture de l'Etat et ceux des autres administrations publiques.

Pour les premiers le marché sera présumé administratif, sauf preuve établissant son caractère privé, ainsi qu'il résulte des termes employés par le Conseil d'Etat dans ses arrêts. « Aucune clause n'était de nature à lui enlever le caractère administratif, et que par suite les contestations auxquelles peut donner lieu appartiennent au Conseil d'Etat en vertu de l'art. 14 du décret précité du 11 Juin 1806. »

Lorsqu'il s'agit d'un marché de fourniture départemental ou communal, on devra prouver, au contraire, le caractère administratif du contrat. Car ainsi que le dit l'arrêt Société Méridionale « Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont, en principe, compétents pour statuer sur la validité des marchés de fournitures passés pour le compte des départements alors que la nature du contrat ne lui donne pas un caractère administratif.

Cette différence se réduit, toutefois, à très peu de chose.

III. — Contrats passés entre services publics et usagers

Le contrat passé par un service public avec un usager sera généralement de droit privé. Toutefois il pourra arriver qu'il contienne des clauses exorbitantes du droit commun, et alors la juridiction administrative reprendra ses droits. Un exemple saisissant nous est fourni par l'arrêt Société les affréteurs réunis.

Pour parer aux nécessités du ravitaillement du pays, l'Etat a été amené au cours de la guerre à assurer du risque de guerre maritime de nombreux navires qui sans cela auraient hésité à assurer les communications maritimes.

Des décrets du 11 et 13 août 1914 créèrent un service national d'assurances maritimes qui eut pour mission de suppléer aux défaillances des compagnies d'assurances privées.

Ce service se mit à assurer toute sorte de navires en leur appliquant les taux déterminés, si bien qu'il se trouva bientôt handicapé par les compagnies privées qui elles étaient libres de n'accepter que les assurances qu'elles croyaient bonnes. Il en résulta notamment que les Compagnies privées consentant des rabais sur les assurances qu'elles croyaient bonnes, la Commission exécutive finit par n'avoir qu'une clientèle de tonnage réduit, composée en majeure partie, de voiliers voyageant une année et subissant de continuelles avaries de la part de l'ennemi. D'autre part, lorsqu'un de leurs habitants était torpillé, les armateurs renonçaient à employer la valeur dans la construction d'une nouvelle unité.

Cette situation ne pouvait pas se prolonger. Pour y remédier le législateur n'hésita pas à intervenir, même au prix de la liberté des armateurs.

Une loi du 19 avril 1917 apporta des modifications importantes au régime antérieur :

1° de facultative qu'elle était l'assurance de l'Etat devenait obligatoire pour tous les navires de plus de 500 tonneaux de jauge brute, battant pavillon français.

2° La garantie de l'Etat portait sur la valeur du navire telle que la fixait le ministère des travaux publics, le propriétaire restant libre si le chiffre lui paraissait insuffisant, de faire couvrir par l'assurance privée le surplus du risque.

3° en cas de perte totale, la valeur assurée n'était payée que jusqu'à concurrence de 75 % de son montant, la différence ne devenant exigible qu'après justification du emploi du premier versement dans l'achat ou la mise en chantier d'un nouveau navire agréé par le ministre.

Une difficulté s'étant présentée entre une société assurée dans les conditions précitées et l'Etat, le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent, parce qu'il a jugé que ces dispositions différenciaient nettement le mode de fonctionnement de ce service public de celui des entreprises d'assurances privées, et que dans ces conditions les contrats passés avec l'Etat par application de la loi du 19 avril 1917 présentaient le caractère de véritables contrats administratifs (1).

1. — Le Conseil d'Etat reconnaît tout d'abord que l'on se trouve en présence d'un service public. L'Etat s'est trouvé, par suite de la guerre dans l'obligation de pourvoir aux besoins du pays. L'intérêt général exigeait que les échanges de la France ne fussent pas interrompus. Pour y donner satisfaction, l'Etat créa un organisme qui à raison de l'intérêt général auquel il devait pourvoir, était un service public.

(1) D. P. 1924, III, 26 et *Revue du Droit public*, 1924, p. 385.

2. — Mais le service public d'assurances, dans ses contrats avec les particuliers pouvait agir avec ses prérogatives, c'est-à-dire selon la gestion publique, ou comme un simple particulier par la gestion privée. Le choix entre les deux questions dépendait de l'intérêt général qui était en jeu.

« L'intérêt général » comme l'a dit M. Rivet dans ses conclusions, comporte fréquemment des exigences particulières, d'où résultera l'élaboration de clauses exorbitantes du droit commun, qui excluront la compétence de la juridiction civile. »

Mais l'intérêt général pourra parfois s'accommoder des règles qui régissent les simples particuliers. Et alors la juridiction ordinaire sera compétente.

L'intérêt général sera beaucoup moins fort dans un contrat passé entre un service public et un usager que dans un contrat passé pour l'organisation du service public. Car dans ce dernier cas comme l'a très bien dit M. Mestre « L'aménagement d'un service nous met en présence de l'administration même s'organisant pour agir, recrutant son personnel de fonctionnaires, répartissant entre eux la besogne, exerçant sur eux une action continue au nom de l'intérêt général... »

Toutes ces opérations très diverses et complexes tendent à l'organisation du service, elles sont essentiellement administratives, en ce sens qu'elles se produisent à l'intérieur de l'administration, dans cette tâche d'organisation, celle-ci n'a point à agir au dehors, à entrer en contact avec des éléments qui lui sont extérieurs » (1).

Lorsqu'il s'agit, par contre du contrat avec un usager, l'intérêt général se fera sentir beaucoup moins. Cet intérêt général s'accommodera, la plupart du temps des

(1) Compagnie générale des transports, P. 1924,I,129 (note de M. Mestre).

stipulations insérées généralement dans les contrats entre particuliers. Il y aura donc le plus souvent, compétence judiciaire.

« Ainsi », écrit toujours M. Mestre, dans sa note, « se trouvent conciliées les deux propositions suivantes :

1° les litiges soulevés par le fonctionnement des services publics sont soumis aux tribunaux judiciaires.

2° les contrats conclus par les administrations dans des conditions analogues à ceux des entreprises privées, doivent être déférés aux tribunaux judiciaires. »

Mais le tout était de savoir si l'intérêt général était toujours secondaire dans les contrats passés avec les usagers. Le récit que nous avons fait ci-dessus des circonstances exceptionnelles de guerre démontre combien l'Etat a eu raison d'employer la gestion publique dans les contrats passés avec les armateurs.

3. Les clauses insérées dans les contrats en vertu de la loi du 19 avril 1917 sont exorbitantes du droit commun, dit le Conseil d'Etat.

Pour mieux saisir leur sens, il convient de les comparer aux clauses de la loi du 10 avril 1915, qui sont les suivantes :

a) L'extension du risque ordinaire de navigation et la limitation de l'assurance à 60 % de la valeur du navire.

b) L'obligation, sous certaines sanctions, imposée aux capitaines de se conformer aux instructions des autorités maritimes.

c) La prévision d'un délai de 6 mois, laissé à l'Etat pour s'acquitter éventuellement de ces indemnités.

d) en cas de reliquat actif des opérations, le partage de ce reliquat entre les assurés, proportionnellement au montant de leurs primes, et

e) le pouvoir confié au Ministre des Finances d'arrêter les conditions particulières à chaque contrat, sur proposition de la Commission administrative.

Ces clauses pourraient très bien être employées par une compagnie d'assurances privée. Rien n'empêche un assureur privé à exiger de son contractant de se conformer aux instructions des autorités maritimes ou de ne se faire payer que dans 6 mois. Il lui est par contre, absolument impossible d'obliger un particulier à s'assurer auprès de lui comme l'a fait l'Etat pour les propriétaires de navires de plus de 500 tonneaux de jauge brute.

Il est clair que l'Etat, en 1917 ait imposé aux armateurs des sujétions qu'il n'est au pouvoir de personne d'imposer à autrui. Il en résulte que le Conseil d'Etat était qualifié pour mesurer l'étendue du sacrifice fait par les armateurs d'après les nécessités et les exigences de l'intérêt général.

CHAPITRE IV

Détermination de la clause exorbitante

I. — Les clauses exorbitantes se réduisent à deux catégories

Il existe un certain ordonnancement en droit privé, dans les limites duquel se meuvent les particuliers qui viennent en rapports juridiques.

Si le contrat a pour objet de réduire la liberté des contractants, qui sans cela resterait intacte, encore cette liberté ne peut-elle pas être sacrifiée à l'infini et la législation a tracé certaines limites infranchissables.

Ainsi, il est interdit de stipuler sur les choses qui sont hors de commerce.

Il est interdit d'engager ses services pour une durée indéterminée. L'article 1780 porte qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. « Le louage de service » porte l'alinéa 2 « fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ».

Si l'Etat contrevient à ces règles par un contrat, on dira que les clauses de ce dernier sont exorbitantes du droit commun, et on les définira. Les clauses impossibles dans les rapports entre particuliers, parce qu'elles restreignent leur liberté d'une façon non sanctionnée, et même interdite par le Droit Civil.

Mais le Conseil d'Etat entend-il les clauses exorbitantes de la sorte ? Il est manifeste que non. Les textes du Droit Civil posant des limites à la liberté contrac-

tuelle du particulier sont très rares pour pouvoir servir de point de repère à la clause exorbitante.

Nous avons vu d'ailleurs, dans le chapitre précédent, parmi les clauses exorbitantes que nous avons énumérées, d'aucunes qui sont impossibles dans les rapports entre particuliers et d'autres qui semblent parfaitement possibles.

Dans l'arrêt De Mestral par exemple, l'Administration s'assure sur le sieur De Mestral une surveillance administrative, et un droit de résiliation exceptionnel par l'intermédiaire du préfet de la Seine. Et le sieur De Mestral se voit reconnaître certains pouvoirs envers les tiers.

Si nous supposons momentanément, ces clauses insérées dans un contrat entre particuliers, nous constatons que quant à la première le droit de résiliation du particulier ne pourra être exercé que par le tribunal alors que l'administration dispose du privilège de décision préalable. Quant à la deuxième clause, à supposer qu'elle fut insérée dans ce contrat entre particuliers, elle resterait sans effets, car nul ne peut disposer de la liberté d'autres personnes. Mais sauf le droit de décision préalable, la clause qui confère à l'Administration un droit de résiliation exceptionnel, pourrait très bien se concevoir dans un contrat entre particuliers. Et le droit de décision préalable ne change pas, croyons-nous le fond de la clause qui, étant possible dans les rapports entre particuliers ne peut pas être considérée exorbitante par son fond lorsqu'elle est employée par l'administration, même si elle est exécutée directement par elle.

Ainsi nous avons vu le Conseil d'Etat déclarer dérogatoires les clauses des marchés du département de la guerre, et administratif un contrat qui se référait à elles.

En examinant pourtant les clauses des cahiers des clauses et conditions générales nous avons constaté ceci : que seules les clauses relatives aux sanctions applicables à l'entrepreneur, en cas d'inexécution ou de retard pouvaient-elles paraître par leur sévérité excessive comme dérogatoires mais qu'en réalité elles ne l'étaient pas par leur fond.

Les pénalités pour retard (art. 39 du cahier des clauses et conditions générales du 16 Février 1903 pour les marchés de fournitures du Ministère de la Guerre la résiliation du marché (art. 40), la passation des marchés aux risques et périls de l'entrepreneur (art. 41) sont remarquables par la sévérité avec laquelle elles cherchent à garantir le service de tout aléa, les modifications pouvant être apportées par l'Administration aux modèles, tables de construction ou croquis d'exécution (art. 48) confèrent d'autre part de larges pouvoirs à l'Administration.

Mais qu'est-ce qui empêcherait un particulier d'en faire de même ? S'il ne le fait pas, c'est parce qu'il n'a pas de service public à garantir, et parce que leur sévérité paraît excessive par rapport à la prestation dont s'est chargé son contractant. C'est ce que fait ressortir M. Jèze dans une note de jurisprudence : « Remarquons-le bien, dit-il » les particuliers dans les contrats qu'ils passent avec d'autres particuliers, pourraient très bien inscrire des règles identiques, que le juge devrait appliquer ; s'ils ne le font pas ordinairement, il n'y a là qu'une différence de fait, et non de droit » (1).

Il y a par contre, une différence de fond entre les clauses insérées dans les contrats passés entre l'Etat et les armateurs pendant la guerre.

(1) Le régime juridique des marchés de service public. *Revue de Droit Public*, 1918, p. 238.

La clause qui oblige l'armateur d'un navire jaugeant plus de 500 tonneaux de jauge brute à s'assurer est exorbitante par son fond, car seul le législateur a le droit de restreindre la liberté des particuliers. Obliger quelqu'un à s'assurer c'est sûrement limiter son choix et par surcroît la liberté qui existe pour lui sur le point de savoir s'il doit s'assurer ou non.

La fixation de la valeur assurée en cas de perte du navire, par le ministre implique également un manque absolu de discussion qui excède le cadre du contrat privé.

Le paiement de la valeur assurée en cas de perte du navire, jusqu'à concurrence de 75 % de son montant, la différence ne devenant exigible qu'après justification du remploi du premier versement dans l'achat ou la mise en chantier d'un nouveau navire agréé par le ministre, est également une clause exorbitante car elle restreint la liberté du particulier, au delà des limites où cette action est tolérée en droit privé.

Pour abréger nous dirons qu'il y a clause exorbitante, suivant la jurisprudence dans deux cas. Premièrement quand l'administration s'arroe des droits sur son co-contractant qu'un particulier ne pourrait pas exercer parce que les lois et les règlements ne l'autorisent pas à le faire.

Deuxièmement quand les sujétions imposées à son co-contractant excèdent de beaucoup celles que l'on trouve en fait dans les contrats, entre particuliers, et que l'Administration jouit d'un droit d'exécution préalable.

Dans le premier cas l'Administration ne pourra apporter atteinte à la liberté d'un particulier qu'en vertu de la loi. Celle-ci élargira la compétence de l'administra-

tion. Ceci se produira le plus souvent à l'occasion de la création d'un service public.

Dans le deuxième cas, l'Administration pourra agir seule et comme elle le voudra. Il est évident, en effet, que les clauses qui pourraient être employées par un particulier pourront l'être et à plus forte raison par l'Administration.

Avant de tâcher de préciser davantage ce que nous venons de dire, nous allons jeter un regard du côté de la doctrine pour voir ce qu'elle pense de la nouvelle jurisprudence.

II. — Critique de quelques opinions de M. Hauriou

Nous avons dit que les prestations ou sujétions devront excéder d'une façon considérable celles que les particuliers stipulent entre eux, pour qu'on puisse dire que l'on se trouve en présence d'une clause exorbitante.

Peu importe que les contractants se soient servis des formes administratives si leur contrat ne diffère en rien d'un contrat conclu entre particuliers. Un maire avait fait des commandes à un particulier au moyen de bons du modèle établi pour les réquisitions militaires, sans avoir procédé à des réquisitions, en vertu de la loi du 3 juillet 1877. Le Tribunal des Conflits a déclaré « que cette circonstance de pure forme ne saurait donner aux dites commandes un caractère administratif » (1).

La forme administrative ne suffira pas pour rendre le contrat administratif. Il faut quelque chose de plus. Si on arrive à spécifier ce quelque chose, la question est résolue.

M. Hauriou estime que par la clause exorbitante l'Administration fait usage des prérogatives de puissance

(1) S. 1928, III, p. 130 (avec une note de M. Hauriou).

publique qui lui appartiennent. « En réalité » écrit-il au bas de l'arrêt Templier « ce n'est pas par leur forme que les clauses déroatoires au droit commun peuvent entraîner la compétence administrative c'est par leur fond. C'est leur fond qui doit être déroatoire, et il ne le sera que s'il stipule au profit de l'administration des prérogatives de puissance publique qui seront ici des prérogatives de la procédure par décision exécutoire, telles que le droit de prononcer le marché par défaut ou la résiliation du marché au profit de l'administration, le tout par simple décision. »

Nous estimons qu'un droit subjectif doit être mesuré par rapport à ses conséquences les plus lointaines sur la liberté d'autrui pour savoir s'il est exorbitant ou non quant au fond.

Or, c'est le mesurer superficiellement, et quant à ses conséquences immédiates et provisoires que de l'appeler exorbitant rien que parce que l'administration peut le mettre en exécution sans recourir à la justice. Entre l'administration exécutant directement et soumise à un contrôle juridictionnel postérieur, et un particulier exécutant par voie de justice, la différence n'est pas grande quant aux conséquences à supposer que la clause est la même dans les deux cas.

Il est vrai que M. Hauriou attribue ce privilège de l'exécution d'office à la puissance publique de l'Etat. « Il se justifie surtout, dit-il, par ce fait que la puissance publique qui se charge d'exercer les droits des administrations publiques est une des formes du pouvoir exécutif, lequel est, essentiellement un pouvoir de décision exécutoire qui passe d'office, en principe, à l'exécution de ses propres décisions par ses propres agents

(services administratifs, force publique, force armée, etc...).

On peut justifier cette décision exécutoire autrement. On peut dire que l'on doit éviter aux services publics d'être tracassés quotidiennement par les plaideurs, désireux de différer l'échéance de leur obligations.

M. Hauriou n'écrit-il pas lui-même : « Ce privilège d'action d'office se justifie par les exigences du service public continu : il ne faut pas que les services publics risquent d'être interrompus par les délais et les lenteurs qu'entraîneraient des instances en justice préalables. »

Quelque base qu'on donne cependant à l'exécution préalable, celle-ci ne peut pas, croyons-nous faire une clause exorbitante par son fond d'une clause que les particuliers pourraient insérer dans leurs contrats.

M. Hauriou fait ressortir d'autre part la nouvelle jurisprudence en matière de compétence. « En principe, écrit-il, la juridiction administrative doit être saisie du contentieux de pleine juridiction soulevé par les opérations administratives, que contiennent des prérogatives de puissance publique, exorbitantes du droit commun. Le critérium de compétence ne doit donc pas être tiré de la notion de service public, mais bien de la distinction entre la gestion publique, impliquant emploi des prérogatives exorbitantes du droit commun, et la gestion privée, effectuée par l'administration suivant les règles ordinaires. Il faut, par suite, dans les cas douteux, examiner l'opération ou le contrat pour décider s'ils contiennent des clauses dérogatoires au droit commun et savoir que, si l'opération est complexe, il y a possibilité de dissociation, la juridiction administrative ne re-

tenant que la partie de l'opération où sont marquées les prérogatives de la puissance publique » (1).

Et M. Hauriou cite comme administratifs par application du principe qu'il vient d'énoncer : le contentieux des travaux publics, des contributions directes, des marchés de fournitures de l'Etat et des Administrations secondaires.

Mais si les marchés de fournitures sont administratifs, par leurs clauses, on s'étonne de voir M. Hauriou les définir comme suit : « Les marchés de fournitures sont les contrats par lesquels les administrations publiques, se procurent, par l'intermédiaire des entrepreneurs, des objets mobiliers, des denrées ou matières par une opération qui s'analyse sur une vente ou qui, si elle s'analyse en un louage d'ouvrages ou de services, n'a pas pour objet la création d'un ouvrage public » (2).

Mais si le marché de fournitures contient nécessairement des clauses exorbitantes, il ne s'analyse pas en vente, ou en un louage de services, ces contrats ne pouvant pas contenir des clauses exorbitantes du droit commun.

Cette contradiction n'a pas échappé à M. Jèze mais il nous semble qu'elle n'est qu'apparente (3). Car si le marché de fournitures n'est pas une vente à proprement parler, puisqu'il contient des clauses exorbitantes, il est néanmoins gouverné par les règles qui régissent les particuliers sur ce point, dans la mesure du moins où les nécessités du service le souffrent.

III. — Critique d'une opinion de M. Berthélemy

Ce qui paraît moins conforme à la jurisprudence récente c'est de dire comme le fait le Doyen Berthélemy

(1) Droit Administratif, 12^e édition, p. 345.

(2) Droit Administratif, 12^e édition, p. 953.

(3) Jèze : les contrats administratifs, 1927, p. 9.

que « les marchés de fournitures pour les départements et les communes, à l'égard desquels il n'y a pas de texte spécial, restent soumis au droit commun (1).

Car les marchés de fourniture contiennent d'après la jurisprudence que nous avons développée, des clauses exorbitantes, et ressortissent à la compétence administrative, quelle que soit l'autorité qui les ait passés.

Il est vrai que dans l'arrêt Société méridionale qui donne toute la mesure du nouveau critère, la Cour de Cassation déclare que « les tribunaux judiciaires sont en principe compétents pour statuer sur la validité du marché de fourniture passés pour le compte des départements, alors que la nature du contrat ne lui donne pas un caractère administratif. »

Mais nous croyons, avec M. Waline, qu'il s'agit d'une mauvaise terminologie.

Il en résulte que les marchés qui ont pour objet de pourvoir aux consommations nécessaires à tous les services, et qui ne contiennent pas des clauses exorbitantes ne sont pas des marchés de fournitures et de ce fait ne ressortissent pas à la juridiction administrative.

IV. — Critique de l'idée de contrat de Duguit

Mais si le Doyen Berthélemy ratifie le nouveau critère, tout en négligeant certaines de ses conséquences, il n'en allait pas de même de Duguit.

Cet éminent jurisconsulte voulait que tout s'accorde avec ses théories et ne concevait pas qu'un critère de compétence pût s'inspirer de considérations pratiques. Comme la notion de contrat administratif par ses clauses s'opposait à son idée de but dans les actes juridiques, Duguit lui déclara la guerre.

(1) Berthélemy, Droit Administratif, 12^e édition, p. 597.

Les conceptions objectivistes de Duguit sont connues. A la volonté, créatrice de rapports juridiques qui est la conception du droit individualiste français, Duguit substitue la norme sociale qui d'après lui valide et sanctionne tout acte dont le but est favorable à la collectivité.

Le droit positif n'est pas autre chose que la norme sociale, constatée par le législateur et mise en règles par celui-ci (1).

Mais si les droits ne puisent pas leur source à la volonté de l'individu, ceux de l'Etat ne pourront pas non plus se réclamer d'une volonté supérieure car tout étant subordonné au droit objectif, l'autonomie se joue ni pour l'Etat ni pour les individus.

Comment expliquer les sujétions imposées aux individus par l'Etat ? C'est le but de service public qui autorise l'Etat à sacrifier la liberté des particuliers.

Il en ira de même pour les contrats. Le contrat d'après Duguit c'est un accord sur un certain objet après le contact de deux volontés individuelles.

Quand l'Etat contracte, il se trouve lié par son contrat comme n'importe quel particulier. « Le contrat est un acte juridique ayant le même caractère en droit public et en droit privé, ou plutôt il n'y a point de distinction à faire entre le droit public et le droit privé et l'Etat est tenu par les contrats qu'il a passés comme l'est un simple particulier (2).

(1) Duguit : Droit Constitutionnel, 1923, Tome I, p. 43, Tome II, p. 169.

(2) Duguit : Les transformations du Droit public, p. 164. V. également les articles de M. Roger Bonnard dans lesquels celui-ci nie avec raison l'absence de normes propres pour les contrats « Il faut autre chose dit-il, que le droit objectif pour constituer le donnant de la matière contenue dans l'ordonnance-

Mais si les contrats sont les mêmes dans les deux cas, sur quoi se fondera la compétence administrative ?

Sur le but, répond Duguit fidèle à sa doctrine.

La compétence administrative ne peut se justifier que par le but de service public, en vue duquel sont faits les contrats administratifs.

Mais cette compétence administrative ne se justifie-t-elle pas plutôt, dirons-nous, par l'application de certaines théories spéciales, destinées à faciliter le fonctionnement des services publics ?

Dire, dès lors que la compétence administrative ne peut exister qu'à raison du but de certains contrats, n'est-ce pas prétendre que toutes les fois que l'Etat se trouvera en difficulté avec son co-contractant le litige ne pourra être résolu, au mieux des intérêts du service public, que par l'application de ces théories spéciales propres au Droit administratif ?

Et pour employer une expression de M. Berthélemy qui a fait fortune « est-il admissible vraiment, que la haute juridiction administrative, unique pour toute la France, ait la charge de régler une note contestée pour l'acquisition d'une bouteille d'encre ou d'une boîte de plumes parce que ces articles sont destinés à une école communale. ?

Il faut chercher par conséquent certains signes dans le contrat qui révèlent approximativement que le bon fonctionnement du service public nécessite l'application de ces théories spéciales.

Les clauses exorbitantes du droit commun sont un de ces signes.

ment individuel. (L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, p. 52 et les Droits Publics subjectifs des administrés, Revue de droit public, 1932, p. 707.

V. — La signification de la clause exorbitante

Si nous confrontons deux contrats passés par l'Etat comme une concession de service public et un marché de fourniture à prestation unique nous remarquons qu'ils se ressemblent et se différencient à la fois.

Ils se ressemblent parce qu'il y a dans les deux cas coopération de l'Etat et de son co-contractant en vue d'un service public.

Ils se différencient parce que, dans la concession de service public la coopération sera étroite, directe, alors que dans le marché de fournitures à prestation unique elle sera lointaine et pour ainsi dire inexistante.

Dans le premier cas si un conflit éclate entre l'Etat et son concessionnaire, le juge ne devra pas se soucier tant de la justice, telle qu'elle résulte des textes du droit privé, que de la continuité et régularité du service public qui est en question.

Si les dispositions qui régissent les particuliers sont susceptibles d'occasionner une interruption du service, ces dispositions ne seront pas applicables. D'autres viendront les remplacer plus souples et plus conformes à l'intérêt général.

Prenons maintenant le marché de fournitures à prestation unique et supposons qu'un conflit éclate entre l'Etat et son fournisseur. L'application des règles de droit civil est-elle en principe, susceptible d'apporter du trouble au fonctionnement du service public ? Il est évident que non, car le service public ne dépend pas d'une fourniture, et pourra la remplacer rapidement.

Le régime de Droit public ne sera donc nécessaire que quand la coopération au service public sera directe.

En appliquant ce que nous venons de dire aux marchés de fournitures, M. Morel écrit « Les marchés de fourni-

tures, doivent se subdiviser au point de vue des règles d'interprétation juridique, en marchés de service public et en marchés n'intéressant pas du moins directement le fonctionnement d'un service public.

Aux marchés de service public, complètement différents par leur nature des contrats de droit privé, il faut appliquer des règles spéciales, propres au droit public, commandées par les caractères particuliers de la personnalité publique qu'ils intéressent, par ceux de permanence et de continuité. Aux autres, on pourra appliquer les règles du droit civil (1) ».

Mais quand se trouvera-t-on exactement devant une coopération directe ? Ne peut-il pas y avoir des cas où une fourniture unique à son importance et où son inexécution ou son exécution avec retard pourra causer un grand préjudice au service, public ? Et dans ces cas, qui bien qu'exceptionnels, peuvent néanmoins se produire ne se trouve-t-on pas en présence d'une coopération directe ?

C'est ce qu'a relevé M. Corneille, commissaire du gouvernement dans ces termes : « Si la continuité est de l'essence du service public, le marché passé en vue d'un service public doit avant tout, s'il a été conclu pour une certaine durée, continuer à produire ses effets. Le principe de continuité opposé au fait de résiliation brusque est donc un élément essentiel de droit en ce qui concerne les marchés de services publics, étant donné la base juridique de cette règle, pourquoi ne s'appliquerait-elle point, aussi bien en matière de marchés de fournitures ordinaires qu'en matière de concession ? (2).

(1) Société d'éclairage de Poissy, journal *La Loi* 3 et 4 avril 1918 (note de M. Morel).

(2) *Revue de Droit Public*, 1916, p. 242.

L'importance d'un marché se révélera par les clauses que l'Administration aura jugé bon d'y insérer. Si ces clauses ne diffèrent point de celles que l'on trouve ordinairement dans les contrats privés, c'est que le service public n'est pas intéressé directement par l'exécution de ce contrat.

Si le contrat contient par contre des clauses exorbitantes, on se trouve en principe devant une coopération directe, une collaboration que l'Administration est soucieuse de rendre exacte et ponctuelle en menaçant le co-contractant de sanctions exceptionnellement sévères.

Nous disons « en principe » car on a rencontré des cas où même sans participation directe, le contrat contenait des clauses exorbitantes. Mais ces cas sont exceptionnels et on ne voit pas pourquoi l'Administration a inséré des clauses exorbitantes.

Vues sous cet angle, les clauses exorbitantes sont appelées à préciser et traduire le caractère administratif de certains contrats passés en vue des services publics.

« La décision du Conseil d'Etat du 31 Juillet 1912 (Société des granits porphyroïdes des Vosges), écrit M. Hauriou (1) « ébaucha une distinction entre les marchés destinés à assurer des services publics, tels par exemple que les transports par autobus et ceux qui ne tendent point par eux-mêmes à assurer un service public. Cette distinction était éminemment fragile, car elle reposait sur la question de savoir, si un marché de fournitures assurait par lui-même, d'une façon directe et spéciale un service public déterminé, ou bien s'il ne servait qu'à contribuer de loin au fonctionnement des services généraux. Il est en effet bien évident que les fournitures sont toujours plus ou moins directement destinés à des

(1) S. 1928, III, p. 12.

services. Fondé sur une nuance aussi délicate le critérium était incompatible.

Ainsi, la participation au service est insuffisante. Pour déterminer la compétence administrative, il faut en plus un ensemble de clauses contractuelles dérogatoires au droit commun et comportant l'adhésion au régime administratif (1).

**VI. — Il ne faut pas s'attacher
à la nature du service public pour déterminer le contrat**

Une question qu'il reste à résoudre est celle de savoir s'il existe des services dans les contrats desquels on relève toujours les signes qui font la gestion publique et qui par voie de conséquence, imposent la compétence administrative. Y a-t-il lieu en d'autres termes à faire des distinctions entre services et de dire que pour certains d'entre eux seuls les tribunaux administratifs seront compétents ?

La distinction des services au point de vue de la compétence fut posée nettement par M. Paul Matter, commissaire du gouvernement dans l'affaire Colonie de la côte d'Ivoire.

« Certains services » a-t-il dit, « sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'Administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation en garantisse le plein exercice et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'Etat ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'est chargé et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement à la juridiction du droit commun. »

(1) S. 1928, I, 202 (note de M. Mestre).

Mais si on demande à M. Matter de préciser quels sont les services qui sont de l'essence de l'Etat et ce qui les distingue de ceux qui pourraient être entrepris par les particuliers, il aura beaucoup de peine à répondre.

Le service des aliénés ne peut-il pas être géré par les particuliers et ne rentre-t-il pas également à la fonction de sûreté incombant à l'Etat ?

Les termes dont s'est servi M. Rivet commissaire du gouvernement dans ses conclusions sont beaucoup plus explicites. Il a distingué trois catégories du service public.

« La nature de certains services » dit-il, « justice, collation des grades universitaires les fait apparaître comme insusceptibles d'être gérés par d'autre que l'Etat ou les personnes morales qui en sont détachées. Des difficultés auxquelles pourra donner lieu le fonctionnement de ces services, les tribunaux administratifs, seront, en général tout naturellement appelés à connaître, parce que, entre la gestion, à laquelle s'est livrée l'Administration et une gestion particulière, n'existe aucune possibilité d'assimilation, et que les règles propres qu'ont dû appliquer les représentants de la personne publique pour assurer la marche d'un rouage indispensable à la commune, ne sauraient, sans atteinte à la séparation des pouvoirs, être soumises aux contrôle des tribunaux du droit commun (1).

M. Rivet distingue, en deuxième lieu les services publics monopolisés.

« S'il est vrai dit-il qu'il s'agit ici d'exploitations dont l'initiative particulière pourrait théoriquement, assurer

(1) Société des affréteurs réunis, D. P. 1924, III, p. 26.

la marche, les intérêts spéciaux qui s'attachent à leur fonctionnement régulier, évoquent encore l'idée d'une situation anormale, qui, explique et justifie, le cas échéant, l'intervention du juge d'exception.

Une troisième catégorie de services publics ce sera les services industriels gérés sans monopole. « Si ce qui sera le cas habituel », dit M. Rivet « la personne publique se trouve dans des conditions d'exploitation identiques à celles d'un industriel privé, nous franchissons la ligne de démarcation des deux contentieux, et réserve faite de quelques enclaves, où paraissent fortement devoir s'exercer encore nos attributions, nous nous trouvons cette fois, en plein domaine des tribunaux civils. Au tribunal civil ressortira la connaissance des marchés que la personne publique aura dû passer pour créer le service ou pour en assurer la marche ; au même tribunal, s'adresseront le cas échéant l'usage mécontent et le tiers lésé par le fonctionnement défectueux de l'entreprise, de lui enfin, semblera devoir relever également la majorité des conflits survenus entre le service organisé et le personnel qu'à l'image d'un chef d'entreprise sa direction aura suivant les règles ordinaires du contrat de travail recruté pour son exploitation. »

Cette distinction tripartite est claire mais n'est pas vraie dans tous les cas. Les services de la première et deuxième catégories peuvent passer des contrats privés, et ceux de la troisième des contrats administratifs.

M. Rivet lui-même avoue que ce qu'il vient de dire n'a rien d'absolu. « Les contours des grandes divisions que nous venons de tracer ne seront pas rigoureusement géométriques, dit-il, et de même que dans la gestion d'un service de nature nécessairement et exclusivement pu-

blique, telle contestation relative à un achat de fournitures isolées, effectuées sans marchés, relèvera naturellement des tribunaux civils, le service industriel monopolisé et fonctionnant habituellement comme une entreprise privée, pourra le cas échéant donner lieu à la passation d'un contrat de physionomie spéciale, dont vous serez amenés à retenir le contentieux ».

Nous concluons donc que pour déterminer si un contrat est administratif, il ne faut pas s'attacher à la nature du service public en vue duquel il a été passé.

CONCLUSION

I

La clause exorbitante est un des signes auxquels on reconnaît les contrats administratifs. Si un justiciable se trouve en conflit avec l'administration à raison d'un contrat passé avec elle, il lui faudra savoir si son contrat contient certains de ces signes. Il faut donc définir la clause exorbitante pour que le justiciable puisse aisément la reconnaître.

Mais comment la définir ?

Dira-t-on que la liberté du particulier, cocontractant de l'Etat est réduite de façon excessive, encore faudra-t-il spécifier ce que l'on entend par « excessive ».

Dira-t-on que l'Etat en tant que cocontractant s'arroge des droits qui dépassent la réciprocité entre particuliers. A cela on peut répondre que, dans les contrats entre particuliers, les prestations sont rarement égales.

La clause exorbitante est donc une notion fluide et c'est justement le reproche qu'on doit lui faire. Car les règles de compétence doivent être claires et susceptibles d'assurer au justiciable une prompte justice, et tel n'est pas le cas de la notion de contrat administratif par sa contexture.

Nous prendrons pour exemple les contrats de cession de farine passés pendant les hostilités pour le ravitail-

lement de la population. En 1922, le Conseil d'Etat a jugé que ces contrats appartenaient à la compétence judiciaire. En 1925 le Conseil d'Etat a apporté une décision opposée en jugeant que cette fois-ci le même contrat était administratif.

Cette incertitude sur la nature du contrat administratif cause souvent de fâcheux retards et met le justiciable dans l'impossibilité d'obtenir justice rapide, c'est-à-dire bonne justice (1).

II

Comment y apporter remède ? Doit-on revenir à l'ancien critère de l'arrêt Thérond et dire que tous les contrats passés en vue d'un service public seront administratifs ? Dans ce cas, étant donné que parmi ces contrats certains sont nécessairement gouvernés par des règles spéciales, alors que d'autres s'accommodent des règles du droit privé, le Conseil d'Etat aura à appliquer tantôt les premières, tantôt les secondes. Ainsi le justiciable ne se heurtera-t-il pas à une déclaration d'incompétence, l'obligeant à saisir une autre juridiction.

Mais cet avantage n'est qu'apparent. Car avec l'organisation actuelle du Conseil d'Etat, celui-ci mettrait, à cause de l'encombrement qui en résulterait, encore plus de retard que maintenant.

Un autre remède consiste à donner compétence à la juridiction judiciaire pour certains contrats actuellement jugés par le Conseil d'Etat.

(1) Paul Duez : La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1924, p. 337.

Les ventes domaniales par exemple sont actuellement administratives, alors qu'elles ne diffèrent en rien des ventes entre particuliers (1).

Il en est de même pour les marchés de fourniture à prestation unique qui ordinairement ne jouent par un rôle décisif pour la continuité du fonctionnement du service public (2).

Mais ces contrats n'occupent qu'une petite partie du contentieux qui échoit au Conseil d'Etat. Le remède envisagé ne serait donc que d'une mince efficacité pour le justiciable.

III

Le seul remède consiste, croyons-nous, dans la création de tribunaux régionaux se substituant aux Conseils de préfecture actuels et ayant à s'occuper du contentieux de tous les contrats faits en vue d'un service public, le Conseil d'Etat ne retenant que le contentieux de l'annulation.

Ces tribunaux régionaux étant bien recrutés remplaceront avantageusement l'admirable institution qu'est le Conseil d'Etat mais administreront par contre une justice bien plus rapide, à raison de leur nombre.

Le critère du service public, qui, d'autre part appliqué au Conseil d'Etat actuellement n'aurait pour résultat que de l'encombrer, pourra faire profiter les justiciables de toute sa clarté, car ceux-ci pour savoir si leur contrat est administratif n'auront qu'à examiner s'il a été conclu en vue d'un service public. Mais il est téméraire de se

(1) Appleton : *Traité des contentieux administratifs*, p. 191.

(2) Jèze : *Le régime juridique des marchés de service public*, *Revue de Droit Public*, 1916, p. 219.

faire trop d'illusions sur la réalisation de cette réforme, à raison des intérêts en présence qui ne manqueront pas d'invoquer leurs « droits acquis ».

Le critère du contrat administratif par ses signes, nous semble donc la meilleure solution, encore que ces signes ne soient pas très précis, car il repose sur le principe évident que, pour assurer la marche régulière et continue des services publics, il faut certaines règles spéciales et que ces règles ne sont pas applicables à tous les contrats passés en vue des services publics.

FIN

BIBLIOGRAPHIE

- ALIBERT : Du contrôle juridictionnel de l'administration, 1926.
- APPLETON : Traité du contentieux administratif, 1927.
- BARTHÉLEMY : L'Etat et le contrat. *Revue de Droit Public*, 1911, p. 146.
- BASTID : La situation juridique des services publics concédés. *Revue politique et parlementaire*, 1930, p. 235.
- BECQUET : Répertoire de Droit Administratif, 1891. Article : Le Contentieux Administratif.
- BERNIER : Des pouvoirs de l'administration sur les concessions de travaux publics. *Revue de Droit public*, 1927, p. 474.
- BERTHÉLEMY : Droit Administratif, 43^e édition, 1933.
- BONNARD : Précis élémentaire de Droit Administratif, 1926.
- Fonctions de l'Etat et services publics, *Revue de Droit Public*, 1925, p. 5.
 - L'origine de l'ordonnancement juridique, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 52.
 - Les Droits publics subjectifs des administrés, *Revue de Droit public*, 1932, p. 695.
- BOSC : Des conséquences juridiques des mesures législatives ou réglementaires tendant à modifier l'exécution des contrats administratifs, *Revue de Droit public*, 1927, p. 177.
- D'ANFRÉVILLE : De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'Administration. Thèse, Paris, 1924.
- DANJON : Manuel de Droit Maritime, 1929.
- DOUYSSSET : Du principe de la répartition des compétences en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats passés par les personnes administratives, Thèse, Paris, 1924.

DUCROCQ : Cours de Droit Administratif, 1897-1904.

DUFFAUD : Les pénalités dans les marchés de fournitures, Thèse, Paris, 1931.

DUEZ : La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1924, p. 337.

DUGUIT : Droit Constitutionnel, 1921-1925.

— Les transformations du Droit public, 1913.

— Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon, 1912.

— L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901.

— De la situation des particuliers à l'égard des services publics, *Revue de Droit Public*, 1907, p. 411.

GAUTIER : Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles, 1879.

JÈZE : Les contrats administratifs, Tome I, 1927, Tome II, 1932.

— Les principes généraux du droit administratif, 1930.

— Nature juridique des cahiers des charges. *Revue de Droit public*, 1905, p. 346, 1907, p. 682, 1908, p. 58, 1910, p. 270.

— Le Conseil d'Etat au Contentieux, *Revue de Droit public*, 1918, p. 66.

— Le régime juridique des marchés de service public, *Revue de Droit public*, 1918, p. 209.

— Le service public, *Revista de Drept public*, 1926, p. 161.

HAURIOU : Précis de Droit Administratif et de Droit public, 1933.

LAFERRIÈRE : Traité du contentieux administratif, 1896.

LAFERRIÈRE (Jean) : L'organisation de la juridiction administrative. Réformes et projets de réforme, *Revue de Droit public*, 1920, p. 553 et 1921, p. 107.

LAHILONNE : La gestion privée des services publics, Thèse, Toulouse, 1931.

MONSARRAT : Marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance 1920.

PERREAU : Les modifications contractuelles au droit commun dans les marchés de l'Etat, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1918, p. 5.

PERRIQUET : Contrats de l'Etat et travaux publics, 1884.

RÉGLADE (Marc) : De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités judiciaire et administrative, *Revue de Droit public*, 1924, p. 191.

SERRIGNY : Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil, 1865.

SUDRE : La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats, Thèse, Paris, 1926.

TÉTREAU : Des marchés de fournitures, 1921.

VIDAL : Les marchés de la guerre, Thèse, Toulouse, 1903.

VU : *Le Président de la thèse,*

ACHILLE MESTRE

VU : *Le Doyen,*

H. BERTHÉLÉMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE PREMIER

Aperçu de la jurisprudence en matière de contrats jusqu'en 1912

I. — La signification de l'arrêt Blanco	9
II. — Les précédents de l'arrêt Blanco	10
III et IV. — De la séparation des pouvoirs	11
V, VI et VII. — La théorie des actes d'autorité et des actes de gestion et les idées de Laferrière	13
VIII. — L'abandon de la théorie du ministre-juge	16
IX. — La formation du critère de service public	16
X. — La signification de l'arrêt Terrier	17
XI. — La signification de l'arrêt Feutry	19
XII. — La signification de l'arrêt Thérond	20
XIII. — Les idées de M. Blum comparées à celles de M. Feuilleux. Position de la question	24

CHAPITRE II

Des cas où le Conseil d'Etat a invoqué un contrat de droit privé ou l'absence de clauses exorbitantes dans les contrats passés par les Administrations publiques pour se déclarer incompétent

I. — L'Etat acheteur	29
II. — L'Etat vendeur	30
III. — Du contrat de louage	32
IV. — Du contrat d'affrètement	33
V. — Du contrat de travail	36
VI. — Du contrat de prêt	37
VII. — Du contrat de dépôt	38
VIII. — Du contrat de mandat	38

CHAPITRE III

Clauses exorbitantes invoquées par le Conseil d'Etat

I. — Contrats passés par l'Etat en vue de l'organisation d'un service public	43
a) Clauses contractuelles se référant à des clauses dérogatoires légales	43
b) Référence à des clauses et conditions générales ..	48
c) Indication de la commune intention des parties par une clause non attributive de compétence	52
d) Clauses exorbitantes faisant partie du contrat	53
II. — Contrats passés par les autres administrations publiques, en vue de l'organisation d'un service public	54
III. — Contrats passés entre services publics et usagers.	63

CHAPITRE IV

Détermination de la clause exorbitante

I. — Les clauses exorbitantes se réduisent à deux catégories	71
II. — Critique de quelques opinions de M. Hauriou ..	75
III. — Critique d'une opinion de M. Berthélemy	78
IV. — Critique de l'idée de contrat de Duguît	79
V. — La Signification de la clause exorbitante	82
VI. — Il ne faut pas s'attacher à la nature du service public pour déterminer un contrat	85
CONCLUSION	89

Imprimerie Rapide du Centre — Issoudun (Tél. 32)

